

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CONCESSIONS

DANS LES

CIMETIÈRES

ÉTUDE PRATIQUE ET THÉORIQUE
D'UN CAS SPÉCIAL OU SE COMBINENT LES RÈGLES DU DROIT ADMINISTRATIF
ET CELLES DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES POLITIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 31 mai 1924, à 3 h. 1/2

PAR

Auguste ARBUS

Lauréat de la Faculté de Droit de Toulouse

Président : M. MESTRE, professeur
Suffragants } MM. JACQUELIN, professeur
} ROILLAND, professeur

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
45, RUE RACINE, 45

1924

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CONCESSIONS

DANS LES

CIMETIÈRES

ÉTUDE PRATIQUE ET THÉORIQUE
D'UN CAS SPÉCIAL OU SE COMBINENT LES RÈGLES DU DROIT ADMINISTRATIF
ET CELLES DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES POLITIQUES)

Présentée et soutenue le samedi 31 mai 1924, à 3 h. 1/2

PAR

Auguste ARBUS

Lauréat de la Faculté de Droit de Toulouse

Président : M. MESTRE, professeur
Suffragants } MM. JACQUELIN, professeur
ROLLAND, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1924

*La Faculté n'entend donner aucune approbation n
improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces
opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*



PRÉAMBULE

Sur cet événement qu'est la mort, des institutions nombreuses prennent naissance. La mort met aussitôt au branle-bas, pour parler comme Montaigne, en même temps que les sentiments variés qui nous unissent à ceux qui s'effacent, les principales règles qui gouvernent la vie juridique de l'homme, pour ne rien dire de sa vie religieuse.

A l'occasion des successions les règles des rapports civils entre les personnes viennent se combiner pour décider du sort du patrimoine moral ou pécuniaire des vivants : elles dictent les solutions en matière de dévolution *ab intestat*. On voit aussi, lorsque la succession est testamentaire, les droits de l'individu se heurter aux droits de la famille, les uns et les autres faisant montre de leurs forces respectives, qui restent à l'état latent durant la vie. Dans tous ces chocs de prétentions, de convoitises entre les personnes, la nature propre des divers droits sur les biens est contrainte de se manifester, car il est nécessaire, pour départager les droits des personnes, de faire des distinctions parmi les biens et d'établir des classifications. Par là la constitution de

la société civile est dévoilée dans ses grandes lignes par la mort.

Mais ce n'est pas la constitution de la société civile seule qui apparaît. La mort est, il est vrai, plus affaire privée qu'affaire publique, cependant le droit public lui aussi est largement intéressé par beaucoup de côtés. Des principes nombreux du droit public se résument autour de la mort.

La police d'abord est intéressée tant dans sa mission préventive que dans sa mission répressive.

Avant que la mort ne disparaisse par l'inhumation ou par la crémation — mission répressive : la police doit rechercher si la mort est une mort naturelle et si le fait d'un tiers y est totalement étranger — mission préventive : la police doit s'assurer, dans l'intérêt du mort que la mort est une mort véritable et non pas une mort apparente et elle doit veiller, dans l'intérêt des vivants, à ce que les opérations funéraires ne puissent pas leur nuire. C'est pour assurer l'accomplissement de ce devoir que l'autorisation est exigée, du préfet de police à Paris, du maire dans tous les autres lieux, préalablement à toute inhumation ou à toute incinération.

Touchant les funérailles il était nécessaire dans l'intérêt de la décence et de la tranquillité publiques de prévoir un service public des funérailles. Longtemps ce service a été religieux, mais des scandales

répétés s'étant produits, la loi a institué un service civil des pompes funèbres (1).

Surtout, le lieu de l'inhumation est soumis à la police municipale. L'intérêt des morts s'ajoute encore ici à l'intérêt des vivants pour le requérir. La liberté de choisir le lieu de l'inhumation est restreinte. Ce n'est que par exception que l'inhumation peut être faite dans des propriétés privées. En principe, elle doit être faite dans des cimetières publics. Dans les cas exceptionnels où l'autorisation de sépulture privée est accordée, des prescriptions rigoureuses sont établies par l'autorité municipale et le maire conserve la police des lieux d'inhumation.

Les cimetières publics sont communaux pour que leur usage soit, aux particuliers, plus accessible (2). Dans ces cimetières les communes délivrent des concessions. Ces concessions sont en principe gratuites, car il est nécessaire, si l'on veut obliger les particuliers à recourir aux cimetières publics de leur en faciliter l'usage.

Mais, il ne se peut pas que ces concessions gratuites soient toutes perpétuelles : il faudrait sans cesse agrandir les cimetières et le budget des communes

1. Loi du 28 décembre 1904.

2. Si les cimetières spéciaux sont en principe interdits, cette règle ne peut raisonnablement valoir que pour le temps normal. Des cimetières militaires spéciaux ont été autorisés par la loi du 29 décembre 1915 pour les soldats ou marins français et alliés morts pendant la guerre.

serait lourdement grevé. La durée de la concession gratuite est fixée à cinq ans.

Cependant il était naturel qu'on autorisât des concessions de plus de cinq ans. Sans doute, l'esprit démocratique pur (ou l'esprit chrétien pur, c'est tout un) exigerait que l'homme ne se réservât pas de supériorité pour lui-même, sa vie finie, qu'il acceptât la loi d'égalité que la mort lui impose, mais, il était difficile d'ôter au sentiment d'individualisme et de propriété dans la mort tout moyen de se manifester : si l'on supprime les inhumations privées comme dangereuses au point de vue de la police, il paraît impossible de ne pas leur donner un équivalent et de ne pas permettre des concessions prolongées dans les cimetières publics. Le décret du 23 prairial an XII a posé le principe de l'autorisation possible. L'ordonnance du 6 décembre 1843 est venue développer et réglementer ce principe. Elle a établi trois sortes de concessions prolongées : des concessions temporaires de quinze ans, des concessions temporaires de trente ans, des concessions perpétuelles (1). Mais, en même temps, parce que tout service privilégié doit se payer,

1. Des concessions pour urnes funéraires peuvent être aussi délivrées aux particuliers par la Commune :

L'article 20 du D. 27.4.1889 prescrit que les cendres des personnes incinérées devront être déposées dans des lieux de sépulture régulièrement établis. Un avis du conseil d'Etat, section de l'Intérieur autorise la commune à délivrer des concessions, des cases particulières dans un lieu spécial. Avis sect. Int. Cons. Et. 11.6.1901. Nous estimons que le régime

les concessionnaires qui ne veulent se contenter de l'application du droit commun des concessions gratuites, doivent acquitter des redevances proportionnelles à la durée de la « concession prolongée. »

Ces redevances sont des taxes. Le droit financier qui déjà se montre si encombrant en matière de succession à côté du droit civil, intervient donc, encore, à propos de l'inhumation, à côté du droit administratif pur.

Enfin, pour parfaire le concert funèbre des diverses branches du droit, le droit pénal qui sanctionne dans l'intérêt général les ordres de police du pouvoir administratif et les prescriptions d'ordre fiscal, intervient encore pour donner satisfaction aux intérêts privés et à l'intérêt général en réprimant les violations de sépulture.

Au milieu de cette législation relative à la mort, nulle institution au point de vue théorique comme au point de vue pratique ne mérite mieux que les concessions de retenir l'attention.

On vient de voir leurs fins pratiques. De plus, leur régime présente un relief et une force singuliers et dans un espace restreint toutes les préoccupations se font jour et s'entrechoquent. Le droit administra-

des concessions de cimetière tel qu'il sera défini est applicable dans l'ensemble aux concessions de case.

Dans notre sens : Morgand, *Loi municipale*, 10^e éd., t. II, n° 1504.

tif et le droit civil se mêlent et se pénètrent plus intimement que partout ailleurs.

Les personnes morales sont engagées, au triple point de vue de la police, du domaine et du budget. Ces engagements ont leurs nécessités et viennent entourer les particuliers de lisières serrées.

Les particuliers, à leur tour, ont des droits irréductibles. Ils demandent que leurs sentiments soient sauvegardés, que leur conscience soit satisfaite. Il faut que les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion fiscale ou domaniale s'arrêtent là où ils risquent de contredire la fin de la concession même, et son régime tel que le droit privé postule qu'il soit établi.

Une organisation juridique s'est élevée, où l'on donne au droit administratif et au droit privé ce qui leur est dû et où l'on fait réagir les uns sur les autres les caractères privés et les caractères administratifs de la situation.

De la combinaison de ces caractères est née, pour le concessionnaire, une situation très particulière. On discute pour savoir comment il faut la qualifier. Tant au regard du droit ordinaire qu'au point de vue civil, les juristes tâtonnent et, si nous exceptons une note de M. Mestre et, la thèse de M. R. Pelat, leurs formules de définition ne sont pas des formules. Elles laissent de côté de nombreuses nuances de la réalité.

Ainsi, d'une part, la matière des concessions se

trouve sur la ligne de rencontre et de fusion du droit public et du droit privé. Elle est, d'autre part, assez riche pour permettre qu'on l'étudie, sans ennui, dans une monographie d'école. Elle est, enfin, théoriquement discutée. C'en est assez pour démontrer l'utilité de notre travail.

* * *

Nous étudierons d'abord les caractères de la situation des concessionnaires ; nous étudierons ensuite seulement sa nature juridique, sa définition.

On ne s'étonnera pas que nous fassions venir la définition en second lieu.

La définition juridique, philosophiquement, n'est pas une définition de mot, arbitraire ; elle est une définition rationnelle de choses. Elle n'est pas une définition théorique des choses, elle est une définition expérimentale des choses : la définition juridique est une suite, une résultante des faits. Elle doit être un résumé des caractères généraux ou génériques et des caractères propres ou spécifiques des situations telles que l'observation en révèle. Elle ne saurait donc être qu'un aboutissement, non pas un commencement.

Ce qui existe d'abord, comme l'a montré, par l'exemple, M. Gény dans son si parfait ouvrage sur « les Lettres missives » (1), ce sont les nécessités et

1. Paris, 1911.

les intérêts, c'est-à-dire les désirs et les besoins : « Au commencement était l'action ». Les lois et la jurisprudence se préoccupent avant toute chose d'établir des équilibres, mieux, des combinaisons entre les nécessités et les désirs contradictoires, et la doctrine est établie pour mettre de l'ordre dans les créations du juge et du législateur, pour affermir leurs voies, par la création d'idées générales. On fait intervenir la définition pour étayer les solutions et pour déduire quelques caractères secondaires. On abandonne ou on tempère les définitions si les solutions ne concordent pas avec elles.

Voilà pourquoi nous commencerons par étudier les caractères pratiques de la situation de concession dans les cimetières.

ABRÉVIATIONS

B. M. I.....	Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur.
D.....	Dalloz. Recueil de jurisprudence.
D. C. A.....	Dalloz. Code de Lois politiques et administratives.
D. J.	Dalloz Répertoire de jurisprudence.
G. P.....	Gazette du Palais.
L.....	Lebon. Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.
Pand.....	Pandectes Françaises.
R. C.....	Revue critique de législation et de jurisprudence.
R. G. A.....	Revue générale d'administration.
R. C. N.....	Répertoire général du notariat. Defrenois.
R. T. C.....	Revue trimestrielle de Droit civil.
S.....	Sirey.

Les arrêts du Conseil d'Etat pour lesquels nous avons omis de donner la référence se trouvent au Lebon à leur date.

Les chiffres qui ne sont pas précédés de signe, renvoient à la page du document cité.

Dans nos références de jurisprudence, par suite d'une inadvertance, nous avons substitué à la place du nom du mois le chiffre qui indique son rang dans l'année ; c'est ainsi qu'à la place de « juillet » nous avons mis le chiffre 7, à la place de « mars », le chiffre 3, à la place de décembre le chiffre 12. Cette inadvertance n'a pu être réparée. Nous espérons qu'on se reconnaîtra très vite dans cette manière de noter qui est assez répandue et qui, du reste, représente une grande économie de place et de temps.

CONCESSIONS

DANS LES CIMETIÈRES

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTÈRES PRATIQUES DES DROITS RELATIFS AUX CONCESSIONS

Ces caractères sont tous déterminés, dominés, d'une part par le but visé et par les intérêts qui se groupent autour de lui, d'autre part par les intérêts contraires qui demandent à n'être pas sacrifiés.

Le but est indiqué par l'idée bien simple que le mort doit être respecté, ainsi que les lieux où il est déposé : le mort est sacré, la sépulture est sacrée, le cimetière est sacré. Les règles spéciales tant du droit administratif que du droit privé se gardent de contredire le caractère sacré de ces trois choses.

En fait, cependant il y a, entre le droit administratif des concessions et le droit privé des concessions, une différence essentielle : en droit administratif, le but primordial n'est pas un souverain absolu. Des intérêts secondaires s'opposent à ce qu'on aille vers lui par une route désencombrée.

Bien qu'il rentre, en effet, dans la mission et l'intérêt de l'Etat d'avoir de la considération pour tout ce qui a une « valeur » profonde « de sentiment », et bien que par là la mission de l'Etat se trouve fréquemment identique au très haut destin du particulier, qui consiste lui aussi dans la recherche des sentiments de valeur profonde, identité qui fait que les lois et la police d'un Etat, quand elles sont bonnes, tendent toujours à réaliser ce que les particuliers devraient accomplir s'ils étaient sages, — pourtant, l'Etat a des intérêts plus terre à terre. A côté des choses sacrées, il y a des choses humaines, à côté des besoins spirituels pressants, il y a des besoins matériels incompressibles qui viennent faire sentir leur influence en matière de concessions.

Besoins de police : l'éternel cortège des diverses préoccupations administratives : santé et salubrité publiques ; sécurité publique ; qui intervient, comme nous l'avons indiqué dans le préambule, pour obliger les particuliers à inhumer leurs morts dans une terre publique, qui intervient encore pour obliger les communes à de certaines précautions dans l'établissement des cimetières, intervient aussi pour élever des barricades le long de la situation du concessionnaire. — Besoins financiers : les besoins financiers des personnes publiques ajoutent des obligations pécuniaires aux obligations de police et font que la concession sacrée est parfois payée. Voilà pourquoi

le caractère sacré de l'institution des concessions n'est pas pur de tout alliage profane et subit dans le droit administratif tout en restant prépondérant, d'importantes défaites.

En droit privé, au contraire, il est prépondérant et ne supporte pas de défaites.

Dans les rapports des particuliers entre eux, en effet, la destination de la concession est le seul intérêt dont s'occupent la loi ou la jurisprudence ; — les règles de disposition et de transmission des droits sur le terrain concédé ou sur le tombeau ne pactisent avec aucun autre but qui contrarie le but principal.

Les besoins financiers du concessionnaire ne peuvent pas recevoir ici de satisfaction : le concessionnaire ne peut faire argent de sa concession.

Bien mieux l'on a modifié les règles ordinaires de dévolution des biens pour donner à la concession un régime digne d'elle.

* * *

S'il est vrai qu'il en soit ainsi, il convient d'envisager séparément, en dépit de leurs points communs, les caractères administratifs de la situation des concessionnaires, et les caractères civils de cette situation ; et, parce qu'il est naturel d'aller de ce qui est plus humain et plus mélangé à ce qui est plus sacré et plus pur, parce que, d'ailleurs, la personne morale administrative est à vrai dire, la maîtresse du logis,

l'hôtesse du concessionnaire de sépulture et se présente en premier lieu, parce que, surtout, le droit administratif, en délimitant l'usage qu'on peut faire de la concession, lequel découle en effet des rapports de la personne morale avec les particuliers, délimite par là la seule matière possible des rapports entre les particuliers, il faut observer d'abord les aspects administratifs de la situation de concession.

SECTION I

Caractères administratifs de la situation (1)

La commune qui doit avoir un cimetière en détient l'administration. Au Conseil municipal appartient la gestion : le conseil est en effet l'organe prépondérant

1. Nous prenons ici le mot « administratif » dans son sens large. Relève du droit administratif, au sens large, ce qui a trait aux rapports des personnes morales de Droit public soit entre elles, soit avec les particuliers. Mais il faut avertir que le terme a un autre sens. Au sens propre est administratif, seulement, ce qui se rattache à la fonction administrative proprement dite : la fonction administrative proprement dite repose sur la notion d'acte administratif de même que la fonction commerciale proprement dite repose sur la notion d'acte de commerce. Le droit administratif ne peut pas être fondé sur la notion de service public. — La définition de l'acte administratif est délicate : nous ne pouvons la traiter entièrement ici. Nous l'étudierons ainsi que la notion semblable de service public, dans des « Etudes sur la voie de fait et ses sanctions en droit interne et en droit international ». — Qu'il nous suffise de dire que l'acte administratif, selon nous, doit se définir par opposition au fait détachable de la fonction administrative. Or, il y a deux sortes de fait détachable de la fonction administrative : 1^o le fait qui se détache par suite de

en matière de gestion communale. Il détermine les conditions générales de la gestion des cimetières : 1° il fixe le régime administratif des concessions : c'est lui qui décide si l'on accordera des concessions payantes et dans quelle proportion, sur quelle étendue le cimetière leur sera consacré ; 2° il arrête les conditions financières de l'opération ; il établit les tarifs qu'il fait varier en pratique d'après la durée de

son caractère propre et naturel indépendamment de son illégalité : les contrats privés, le travail privé, des personnes morales de droit public, en un mot la gestion privée sont les faits détachables de cette espèce ; 2° le fait qui se détache à raison de son illégalité grave : cette catégorie est formée par la voie de fait de l'administration, celle du fonctionnaire, celle de l'entrepreneur, d'une part, — par le simple fait personnel du fonctionnaire ou celui de l'entrepreneur, d'autre part. Nous donnons, dans la note suivante, quelques indications d'ensemble sur la notion de voie de fait en droit administratif. — Le fait détachable ainsi défini est de la compétence judiciaire au plein contentieux ; il constitue l'une des deux grandes classes de faits qui rentrent dans la compétence naturelle des tribunaux ordinaires en matière administrative, la seconde étant constituée par le contentieux de certaines opérations administratives attentatoires à la propriété ou à la liberté individuelles (expropriations d'immeubles, saisies de meubles, arrestations). — Cette notion de fait détachable n'a pas été aperçue dans son entier : on n'a pas vu le lien qui relie la théorie de la gestion privée à la théorie de la voie de fait et du fait personnel. Ces actes, cependant, ont de grandes ressemblances ; ce sont des actes comparables aux actes privés : dans le contrat privé les administrations traitent entre elles ou avec les particuliers sur le pied de la vie privée. Dans la voie de fait et dans le fait personnel l'administration, le fonctionnaire, l'entrepreneur se conduisent comme des particuliers. Une différence se trouve entre ces deux catégories de faits détachables et elle est essentielle : le contrat privé est une chose normale, régulière, tandis que la voie de fait ou le

la concession et d'après la valeur marchande de l'emplacement. — Le maire est chargé de la surveillance du cimetière. La police du cimetière est une branche de la police municipale dont il est investi. — Le maire intervient aussi dans la gestion : c'est lui qui délivre les concessions, mais il n'est que

fait personnel sont des actes irréguliers. Mais cette différence ne doit pas faire perdre de vue le trait de ressemblance qui est dominant. Notons, d'ailleurs, qu'un fait qui est détachable à l'occasion du plein contentieux n'est pas toujours détachable à l'occasion du contentieux de l'annulation. Ainsi : 1° les délibérations des corps administratifs, pour la gestion privée, ou les actes unilatéraux que prend l'organe exécutif de gestion sont soumis aux recours administratifs; 2° les actes qui accompagnent la voie de fait ou le fait personnel sont susceptibles du recours pour excès de pouvoirs, et quelquefois le recours pour excès de pouvoirs est nécessaire pour révéler la voie de fait ou le fait personnel.

Mais tout cela ne ruine pas l'importance de la notion du fait détachable : cela n'empêche pas que ce soit le fait détachable qui donne la limite de l'acte administratif; car c'est en matière de plein contentieux que se révèle le mieux la vraie nature des choses.

Si tel est le sens propre du mot administratif, il est bien évident que ce n'est pas à ce sens que se réfère notre rubrique. Nous verrons, en effet, dans un instant, au texte, que les rapports de gestion entre les communes et les concessionnaires sont de l'ordre des faits détachables par leur nature indépendamment de leur illégalité et ne peuvent donc pas être qualifiés de faits administratifs au sens étroit du mot. Les rapports de police entre la commune et les concessionnaires étant seuls des actes administratifs au sens étroit du mot (V. au surplus, notre texte).

Caractères administratifs des droits de concession, veut donc dire : rapports des personnes morales avec les concessionnaires, et non pas « caractères des droits de concession qui touche à la fonction administrative proprement dite ».

l'organe d'exécution du Conseil municipal en cette matière ; il ne peut qu'accomplir la délibération du Conseil municipal sans y rien changer. En matière de police il est le seul organe communal qualifié.

Il peut arriver que plusieurs communes aient la co-possession d'un même cimetière : par exemple, c'est une commune qui a été divisé en deux ou plusieurs communes. En cette hypothèse la gestion appartient en commun aux divers conseils municipaux intéressés. Les règles de la co-gestion s'appliquent : les règlements des concessions doivent être concertés entre les communes intéressées ; des conférences intercommunales seront provoquées dans ce but conformément aux articles 116 et 118 de la loi du 5 avril 1884. Les bénéfices seront distribués entre les communes proportionnellement à leur participation aux charges d'entretien du cimetière commun. — La police, quant à elle, n'est pas indivise. C'est un *imperium*, distinct du *dominium*. Elle relève du maire de la commune où se trouve le cimetière.

Brochant sur l'organisation municipale s'exerce le contrôle du préfet : qu'il s'agisse de gestion ou de police le préfet dispose du droit de sanction ou d'approbation et du droit d'action par substitution : il est compétent pour approuver les tarifs, il peut substituer son action à celle défailante du maire dans l'activité de police. Mais il doit respecter le pouvoir discrétionnaire de l'administration municipale : son pouvoir de substi-

tation est soumis à une procédure et, d'un autre côté il ne pourrait pas forcer la commune à adopter le régime de concession qu'il aurait lui-même élaboré.

Face à ce mécanisme administratif, en regard de l'activité du maire, du Conseil municipal et du préfet, se tiennent les droits des particuliers. Nous rencontrons, à leur profit, trois séries de droits qui se succèdent dans le temps :

1° Le particulier, qui est obligé de recourir au cimetière de la commune, possède par une conséquence nécessaire le droit d'y recourir. C'est « le droit à la concession » ;

2° La concession, une fois acquise, et constante, le particulier peut en retirer certains avantages. L'ensemble de ces avantages forme le droit sur la concession ;

3° Enfin, lors de l'avènement du terme de la concession le particulier garde encore quelques fragments de son droit plein sur la concession.

Les conflits, les prétentions de l'administration municipale et des particuliers sont réglés par les lois et par les décrets, par des circulaires ministérielles, aussi : les circulaires ministérielles sont nombreuses en notre matière ; elles ont une grande valeur pratique, elles consacrent les usages et elles sont remarquables par leur sagesse ; elles ont une portée juridique sérieuse car, en notre matière, les usages gouvernent souverainement les détails de l'administration. Le préfet à l'occasion de l'exercice de son

contrôle sur les affaires communales veille, sous la direction ministérielle, à l'exécution de ces diverses règles juridiques. Il faut tenir compte, enfin, comme source capitale de droit, pour fixer les caractères administratifs de la situation, des décisions des organes juridictionnels.

Les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs se partagent la compétence (1) :

1° Lorsque la difficulté soulevée est une difficulté de police, ce qui se produit lorsque la décision du maire s'inspire de la décence et de l'ordre matériel, la difficulté relève des tribunaux administratifs par sa nature car l'on se trouve en présence d'un acte administratif. La mesure de police est susceptible soit de recours pour excès de pouvoirs, soit d'action en responsabilité contre la commune devant le Conseil d'Etat. En matière de gestion, la compétence administrative existe encore :

α) Lorsque l'on veut faire annuler la délibération du Conseil municipal : le recours, dans ce cas, est en forme de recours pour excès de pouvoirs : hiérarchique aux premiers degrés, juridictionnel au dernier degré (art. 63, loi du 5 avril 1884) ; β) lorsqu'on veut faire annuler un acte de gestion du maire. Le recours est alors le recours pour excès de pouvoirs ;

1. Sur les règles de compétence des juridictions adm. et judiciaires en général. Berthélemy, *Traité Droit adm.*, 10^e éd., 960. — Hauriou, *Précis Droit adm.*, 10^e édit., 870.

2° Quand, au contraire, la difficulté est une difficulté de plein contentieux relative à la gestion, ou bien quand il s'agit d'une mesure de police dérogée, une voie de fait ou un fait personnel (1), la compétence est judiciaire par nature car le fait est détachable de la fonction administrative. Ce sont des actions possessoires et des actions pétitoires, des actions en nullité ou des actions en responsabilité qui serviront alors à faire reconnaître les droits de

1. A nous en tenir à la jurisprudence dont les théories sont plus restrictives que celle de la doctrine et assez différentes de ces dernières, la voie de fait apparaît comme une « entreprise réelle » spéciale détachable de la fonction administrative à raison de son illégalité, ainsi que nous l'avons indiqué dans la note précédente.

A) Cette entreprise revêt une double forme : 1° la forme de l'emprise illégale ; 2° la forme de l'emprise illégale grave.

Il y a voie de fait pour « emprise illégale » : a) lorsqu'il y a occupation permanente d'un immeuble sans les habilitations ou les formes requises ; b) lorsqu'il y a occupation temporaire sans les habilitations ou les formes requises à l'occasion des travaux publics ou à l'occasion de l'exploitation de mines. Il y a voie de fait pour simple entreprise illégale dans une série de cas spéciaux : a) répression des contraventions de voirie sans les formes judiciaires ; b) violation de la liberté de la presse ; c) sonneries de cloches sans règlement préalable ; d) violation de sépulture.

B) La voie de fait entraîne la compétence judiciaire. Mais, d'une part, elle n'entraîne pas toujours la responsabilité du fonctionnaire. Encore que la voie de fait ait beaucoup de points communs avec la faute personnelle, étant comme la faute personnelle soit une faute délictuelle, soit une faute quasi délictuelle lourde, la responsabilité de l'administration est souvent engagée devant les tribunaux judiciaires en cas de voie de fait et il en va de même de la responsabilité de l'entrepreneur qui ne se gouverne pas sur les principes ordinaires de la responsabilité des fonctionnaires. C'est dire que les rapports

la commune ou les droits des particuliers. La compétence est judiciaire encore mais par détermination de la loi lorsqu'un litige surgit à propos de l'application des tarifs des concessions.

3^e Lorsque la difficulté est d'une nature incertaine et équivoque, lorsqu'on peut se demander si c'est l'intérêt de police qui est mis en cause ou si ce n'est pas plutôt l'intérêt de la gestion, la compétence est judiciaire. On considère, en effet, c'est le principe

de la voie de fait et du fait personnel du fonctionnaire ne sont pas simples. La voie de fait, d'ailleurs, ne pose pas toujours des questions de responsabilité : elle soulève encore des problèmes de restitution : elle autorise des actions possessoires ou des actions pétitoires, tantôt à l'encontre des fonctionnaires, tantôt à l'encontre des administrations. Enfin, bien que la compétence judiciaire soit la compétence principale en matière de voie de fait, elle n'est pas compétence exclusive. Le recours pour excès de pouvoirs et des recours en annulation devant le Conseil de préfecture sont possibles contre les actes juridiques qui précèdent, qui accompagnent ou qui suivent la voie de fait.

C) Dans toute la matière de la voie de fait, les tribunaux de divers ordres qui paraissent, du reste, agir en communion de pensée, sont fort prudents ; ils font de la politique jurisprudentielle et réservent l'avenir. Ils ne parlent de la voie de fait qu'à leur corps défendant soucieux de ménager le prestige de l'administration aux actions de qui il n'est pas bon d'appliquer l'épithète dangereuse de voie de fait qui semble autoriser en riposte la voie de fait du particulier. C'est ce qui rend la matière de la voie de fait difficile à embrasser, et ne nous permet pas, en ce moment, de nous attarder davantage à une notion hétéroclite dont il fallait cependant dire ici quels sont les traits parce qu'elle est susceptible d'intervenir dans la jurisprudence future, dans tous les cas où sont lésés par des administrations ou par leurs auxiliaires des droits importants appartenant aux autres administrations ou aux particuliers. Tels les droits sur les concessions dans les cimetières.

qui gouverne les rapports de la commune et des particuliers, que les intérêts de ceux-ci sont essentiels la matière, en somme, penche plutôt du côté du particulier que du côté de l'administration. En cas de doute le fait n'est pas un fait purement administratif mais devient un fait détachable.

C'est la conséquence de cette idée toujours présente que le but sacré de la concession doit être respecté.

Nous allons voir les effets naturels de ces idées en étudiant successivement : 1^o le droit à la concession ; 2^o le droit sur la concession, 3^o les survivances du droit sur la concession.

I. — LE DROIT A LA CONCESSION

La commune est possesseur du cimetière mais cette possession ne présente pas les caractères de la possession que les particuliers ordinaires peuvent avoir sur les choses qui leur appartiennent. Sans qu'il soit besoin de poser en ce moment la question « si le cimetière fait partie du domaine public ou du domaine privé de la commune ? » question qui, comme l'a noté très justement M. Berthélemy, n'a aucune espèce d'importance pratique pour fixer les caractères des droits en présence (1), on ne peut manquer d'observer toutefois les aspects singuliers des droits de la commune sur le cimetière.

1. *Traité élémentaire de Droit adm.*, 10^e éd., p. 427, n^o 1.

Ce domaine est affecté : il est enchaîné à son but, de quoi rien ne peut le séparer hormis la désaffectation de ce domaine. Cette désaffectation ne dépend pas de la commune : elle rentre dans le pouvoir discrétionnaire du préfet. C'est le préfet qui décide de la translation du cimetière ainsi que le décret de prairial an XII l'a déclaré, ou de sa suppression, ainsi que le Conseil d'Etat l'a reconnu dans son arrêt du 13.2.1914 Tissot.

Lorsque la désaffectation est consommée, la commune ne devient pas maîtresse absolue du domaine désaffecté : l'aliénation ou la location sont interdites encore pendant cinq ans, tant est grande la domination du but, de l'affectation sur le cimetière (1). Dès lors, il ne faut pas s'étonner que durant l'affectation la commune ne puisse accorder d'autres concessions d'occupations que celles à but funéraire.

Tout usage autre que l'usage funéraire serait une sorte de détournement du pouvoir sur les biens (2). Seuls les particuliers qui se proposent un usage funéraire peuvent obtenir l'autorisation d'occuper ces

1. Art. 8 et 9. D. 23 prairial an XII.

2. La théorie du détournement de pouvoir, c'est l'évidence même ne doit pas être cantonnée dans la matière de la police : toutes les fois qu'un but général ou spécial a été assigné à un pouvoir, si ce pouvoir s'oriente vers un autre but, il y a détournement de pouvoir. La théorie du détournement de pouvoir est une théorie générale du droit.

lieux. Ainsi, le cimetière est investi d'un caractère sacré (1).

Puisque, d'une part, les cimetières sont affectés aux inhumations, et puisque d'un autre côté les particuliers sont obligés de recourir aux cimetières, il s'ensuit que les particuliers ont un droit à la concession. Si ce droit n'existait pas, le régime juridique des cimetières et celui des inhumations n'auraient pas de raison d'être. Mais comment faut-il se représenter ce droit à la concession et quels en sont les titulaires ?

Nous savons qu'il y a deux sortes de concessions : les concessions gratuites, éphémères, et les concessions payantes, durables ; les premières limitées à cinq ans, les secondes octroyées pour quinze ans, pour trente ans ou pour toujours (2). Le droit à la concession, c'est tout naturel, n'est pas le même selon qu'il s'agit de ces dernières ou des premières.

1. Cet usage funéraire n'est pas fatalement une concession en vue de l'inhumation. Les communes peuvent autoriser un particulier à ouvrir un caveau destiné à recevoir provisoirement les corps qui ne peuvent être inhumés tout de suite : l'établissement de ce caveau d'attente est conforme à la destination du cimetière. Il y a là un service annexe du cimetière, tout à fait comparable au service du fossoyeur. Le concessionnaire du caveau d'attente n'est pas assimilé au concessionnaire de sépulture : c'est un concessionnaire de service public, qui relève, quant aux procès qu'il fait surgir, de la juridiction des tribunaux ordinaires. Le service public des concessions étant, si on le considère indépendamment de la police, un service détachable de la fonction administrative proprement dite.

2. Art. 3. Ord. 6 déc. 1843.

A) La concession de cinq ans ne peut être refusée « 1° aux personnes *décédées* sur son territoire, quel que soit leur domicile ; 2° aux personnes *domiciliées* sur son territoire, alors même qu'elles seraient mortes dans une autre commune ; 3° aux personnes non domiciliées dans la commune, mais y ayant droit à une sépulture de famille. » D. 27 avril 1889, art. 10.

Le droit de ces personnes, d'ailleurs, ne naît qu'au moment du décès. Le décret de 1889 ne le dit pas. Il ne faut pas s'étonner de son silence. Cela va de soi.

Il suit, que, lorsqu'on cherche quel est le titulaire du droit à la concession, on ne peut pas dire que c'est le *de cuius* : puisque le droit ne naît qu'au moment de la mort il ne peut appartenir à celui qui n'est plus. *Homo mortuus pro vivo non habetur*. Les morts n'ont pas de droits. Le droit suppose une âme et un corps réunis par le lien de vie. Si ces derniers sont dissociés, le droit disparaît. Le cadavre par lui seul n'a pas de droit, l'âme par elle-même n'a pas de droit. Supposé que l'on admette l'immortalité des âmes, on ne peut pas raisonnablement attribuer à ces âmes de droits sur le monde physique. L'ordre des purs esprits n'a rien à voir avec la sphère du droit positif. Le mort, au point de vue du droit positif est une chose, non plus une personne. Sur lui on a des droits, mais lui n'en a aucun. Les héritiers du sang pourraient revendiquer son corps, à moins que le testament, volonté prolongée du vivant, ne portât une

clause contraire, mais le mort ne peut être regardé comme un concessionnaire. Il faut décider que le droit à la concession se trouve dans le patrimoine moral des héritiers et que ce sont eux qui en sont les titulaires. Ils peuvent réclamer l'attribution d'une concession au nom de leur auteur et ils peuvent exiger que cette concession réponde aux conditions légales. En l'absence des héritiers du sang, c'est le patrimoine moral de l'Etat qui recueille le droit à la concession : si, par aventure, le maire refusait la concession, ce serait aux représentants de l'Etat, préfet ou ministre, à prendre en main la cause du défunt.

B) Le droit à la concession payante est tout différent. La loi c'est que nul n'a droit à une concession de plus de cinq ans si le conseil municipal n'a institué un service public des concessions payantes. Or, le conseil municipal est libre aux termes de l'article 10 du décret du 22 prairial an XII d'instituer ou de refuser d'instituer ce service. La matière ressortit à son pouvoir discrétionnaire et le préfet n'aurait aucun moyen de lui forcer la main. Ainsi, il se pourrait, en droit, que le sentiment d'individualisme dans le culte des morts en vue de qui sont établies les concessions payantes, ne reçut pas satisfaction. En fait, les conseils municipaux n'ont garde de s'en tenir aux concessions gratuites. C'est leur intérêt électoral et c'est l'intérêt fiscal de la commune de créer des concession payantes.

Mais si le conseil municipal est maître d'ouvrir ou

de ne pas ouvrir le droit à la concession, une fois qu'il l'a ouvert, les particuliers qui se trouvent en mesure de verser à la caisse municipale le prix de la concession arrêté par le conseil, avec l'approbation du préfet, ont droit à la concession payante. Le principe très général de l'égalité des citoyens devant la loi et les services publics commande qu'il en soit ainsi. Sans aucun doute, la décision de refus d'une concession pourrait être attaquée pour violation de la loi ou pour détournement de pouvoir.

Notre affirmation n'est pas une affirmation purement doctrinale. Le Conseil d'Etat en a fait une application récente dans l'importante affaire « Vauchrétien ». Les parents des morts de la guerre de la commune de Vauchrétien, demandèrent au maire l'octroi d'un emplacement assez étendu afin de rassembler côte à côte les dépouilles retrouvées. Les pétitionnaires ne cachaient pas que la sépulture aurait un caractère religieux. Le maire refusa l'octroi de la concession. Le Conseil d'Etat a annulé la décision du maire, comme entachée de détournement de pouvoir (1).

Tel sont les aspects du droit à la concession. Il faudrait se garder de commettre une méprise. Si le particulier a droit à *une* concession il ne peut pas exiger *tel* ou *tel* emplacement pour sa concession. La fixation de l'emplacement rentre dans le rôle du maire. Le préfet lui-même ne peut pas se substituer

1. C. E. Dame Nivelean, 25.11.1921, 974.

à lui pas plus qu'il ne peut se substituer au Conseil municipal dans l'établissement du règlement des concessions. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens dans un arrêt du 20 avril 1883 Bastard. Le solliciteur de la concession peut, il est vrai, subordonner le maintien de sa demande de concession à l'octroi par la commune d'un emplacement déterminé et il peut arriver que la commune accepte sa sollicitation et lui concède son emplacement. Mais la commune est entièrement libre et le concessionnaire est obligé de passer par ses volontés. — Encore qu'il soit puissant, le maire doit respecter toutefois la loi d'égalité entre les concessionnaires ; il ne peut aujourd'hui, à la différence de ce qui se produisait avant la loi du 4 novembre 1881, établir de quartiers différents dans le cimetière d'après les classes de la société ou d'après les croyances religieuses (1), ou

1. Le décret de prairial an XII prescrivait, au contraire, de diviser le cimetière entre les divers cultes et de constituer pour chacun des quartiers réservés. Cette affectation spéciale donnait au maire le pouvoir de refuser à certaines personnes la concession dans certaines parties du cimetière. C'est ainsi qu'un particulier à qui l'église avait refusé les derniers sacrements ne pouvait être considéré comme devant être enterré dans la partie bénite du cimetière: Conseil d'Etat, 16 juin 1875, Hallé, p. 558 ; *adde*, les conclusions du commissaire du gouvernement Aucoc sous Cons. d'Et., 8 fév. 1868, Jousseau, p. 137. — Dans le sens de la loi de 1881, V. un avis de la section de l'Intérieur du Conseil d'Etat du 3 août 1892 qui dénie aux communes le pouvoir de réserver des emplacements particuliers, soit à l'autorité militaire, soit à des associations laïques ou religieuses. *R. G. A.*, 1892, t. III^e p. 444.

d'après les circonstances de la mort. Un maire qui avait refusé de laisser inhumer le corps d'un suicidé dans la partie du cimetière affectée aux habitants de la commune et l'avait relégué dans la partie appelée « le coin aux chiens », a pu être poursuivi personnellement devant les Tribunaux. La Cour de Rennes a jugé que son fait constituait une faute personnelle (1).

De plus, les concessionnaires ont tous, sans distinction, droit à un emplacement « séparé ». Ils ont droit à ce que les restes des défunts puissent se retrouver sans confusion possible. Ceci résulte des décrets du 27 avril 1889, art. 2, modificatif de l'art. 4 du décret du 23 prairial an XII. La jurisprudence a fait application de cette disposition et elle a condamné une commune au paiement d'une indemnité dans des circonstances où, par suite d'inhumations superposées en pleine terre les os d'une personne s'étaient trouvés mêlés aux os d'une autre personne (2).

* * *

Les sanctions du droit à la concession, les moyens par lesquels le postulant ou les héritiers du mort s'efforceront d'obtenir le titre de concession sont, soit des sanctions administratives, soit des sanctions judiciaires.

Les unes et les autres de ces sanctions sont toujours

1. Rennes, 13 déc. 1904, Pand. 1905.2.132.

2. Lyon, 16 mai 1877. D. 79. 2. 19.

d'un effet incertain. Car, le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne se révèle pas seulement dans les rapports des administrateurs entre eux où il vient brider le pouvoir de contrôle du supérieur, ou dans les rapports des administrateurs avec les administrés où il vient brider les pouvoirs subjectifs des particuliers, il se révèle aussi avec une grande force dans les relations de l'administration avec les diverses juridictions.

En notre matière, les juges administratifs qui peuvent être saisis de recours pour excès de pouvoir ou d'action en responsabilité ne pourront qu'annuler l'acte ou condamner la personne morale, — de même les juges judiciaires qui seront saisis d'action en indemnité contre la commune pour garantie des vices de la chose ou d'action en responsabilité contre le fonctionnaire pour faute personnelle, ainsi que nous venons de le voir, — ne pourraient délivrer la concession due.

II. — LE DROIT SUR LA CONCESSION

Le point de départ du droit sur la concession varie d'après le mode de la concession. Dans l'hypothèse d'une concession gratuite de cinq ans le droit sur la concession commence au moment où l'inhumation est opérée. Il commence au moment où intervient l'acte de concession fixant les limites de l'emplace-

ment accordé dans l'hypothèse d'une concession à titre onéreux de quinze ans et plus (1).

Le titulaire de la concession est variable lui aussi. S'agissant d'une concession gratuite de cinq ans, ce sont les héritiers qui possèdent le droit sur la concession, ce n'est pas le mort. Dans la concession payante, au contraire, c'est le contractant ou ses ayants cause qui sont titulaires.

En étudiant le droit à la concession nous avons vu surtout paraître du côté de la personne morale des préoccupations administratives de gestion qui viennent soit favoriser le but (affectation du cimetière au service des concessions), soit contrarier ce but (redevances à percevoir).

En étudiant le droit sur la concession nous allons rencontrer surtout du côté des personnes morales des préoccupations de police. Et la police va tantôt contrarier le culte des morts lorsque ce culte lui paraîtra excessif, tantôt le favoriser en assurant la tranquillité et la décence du cimetière.

La police des cimetières exige chez les maires de la prudence et du tact. Le Conseil d'Etat poursuivant ici à l'aide de cet instrument omni-présent qu'est l'instance en excès de pouvoir l'œuvre moralisatrice

1. Si l'acte de concession n'a pas délimité la concession le concessionnaire ne peut se mettre de lui-même en possession. Au cas où il le ferait il commettrait une voie de fait qui autoriserait le maire à ordonner le rétablissement des lieux et à faire expulser ses préposés. Conf. 26. 3. 1881. Aymen 363.

qu'il a assumée par une conséquence naturelle de sa situation, de sa composition et de ses traditions à l'égard de l'administration, n'a pas manqué de limiter ici l'activité de police des maires. Le Conseil d'Etat est plus sévère et plus attentif en matière de cimetière, peut-être, qu'en d'autres matières. Il ne faut pas s'en étonner. Le Conseil d'Etat en même temps qu'il soumet toute l'administration à des règles générales auxquelles nul service n'échappe fait varier ses solutions selon les services, selon les difficultés des administrateurs et les susceptibilités des particuliers. Il tend ainsi à créer des milieux administratifs spéciaux où tantôt c'est le particulier dont les droits sont favorisés, tantôt l'administration dont le pouvoir est augmenté. Le Conseil d'Etat ne fait qu'appliquer le conseil de Montesquieu : « Les lois doivent avoir du rapport avec les choses sur lesquelles elles statuent », à l'instar du législateur, à l'instar des tribunaux civils, ainsi que l'étude des caractères privés le montrera, ainsi que l'a montré d'ores et déjà l'étude des difficultés de gestion qui s'élèvent entre les communes et les particuliers.

Ainsi, le Droit à la concession, bien qu'il varie suivant les types des concessions est ferme et fort, protégé qu'il est par son but éminent.

Pourtant, un événement dont la survenance est incertaine, un événement extérieur et supérieur aux activités de la commune et des particuliers, tient

d'une certaine façon ce droit en suspens. La protection de la santé publique peut exiger que la désaffectation du cimetière soit prononcée par le préfet et qu'un nouveau cimetière soit créé. Le droit sur l'emplacement du cimetière désaffecté cesse alors, le particulier ne pourra plus se maintenir sur l'emplacement primitif ; il ne perdra pas son droit, mais il devra supporter le transfert de sa concession dans le cimetière nouveau.

Telles sont les idées générales qui président aux droits sur la concession.

Il faut, maintenant, étudier ces droits.

Or, pour que le caractère d'un droit apparaisse, il convient de connaître son contenu positif et ses sanctions. Nous passerons, tour à tour, en revue : 1^o le contenu du droit ; 2^o ses sanctions.

1^o Le contenu du droit

Les concessions ne produisent pas toutes les mêmes conséquences, et les concessionnaires n'ont pas tous les mêmes pouvoirs. Les concessions à prix d'argent sont beaucoup plus efficaces que les autres, non seulement par leur durée, mais encore par le nombre et l'étendue des facultés qu'elles confèrent. Pour étudier ces facultés, il faudrait envisager ici successivement le droit d'usage ou de jouissance qu'elles comportent et le droit de disposition de ces usages.

La disposition de la concession intéresse la com-

mune tout autant que l'usage de la concession, car elle touche d'une part aux intérêts de gestion, d'autre part aux intérêts de police de la commune. Mais c'est le droit civil qui donne les principes du droit de disposition. C'est donc en l'examinant que nous examinerons ces principes.

Bornons-nous maintenant au droit d'usage et de jouissance.

Sur ce point toutes les concessions présentent des caractères communs, que nous examinerons en premier lieu.

A) Caractères communs aux concessions

Tous les titulaires des concessions paraissent avoir les mêmes droits en ce qui touche la délivrance matérielle, la perception des fruits, les emblèmes funéraires, les plantations et l'entretien des tombes.

Le particulier concessionnaire a, bien entendu, dans tous les cas le droit de demander la délivrance matérielle de la concession.

Le concessionnaire possède toujours le droit de cueillir les fruits : arbres et fleurs venus naturellement sur sa concession. C'est une sorte de *fructus*, limité.

Les règles relatives aux inscriptions sont les suivantes. Les inscriptions doivent être soumises à l'approbation du maire qui jouit du pouvoir discrétion-

naire pour l'octroi ou le refus de cette approbation. Ce pouvoir discrétionnaire n'est limité que par la défense qui est faite au maire de détourner la police de son but. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, le 7.1.1842 a validé un arrêté municipal interdisant certaines inscriptions qui eussent pu troubler la paix sociale (1), a annulé des arrêtés qui fondaient leurs interdictions sur le caractère religieux des inscriptions (2).

Tout intéressé peut, à son gré, orner la concession de fleurs ou de pierres tombales. Bien mieux, on lit dans l'article 12 de Prairial que « *chaque particulier* a droit, sans demander l'autorisation de faire placer sur la fosse de son parent ou de son ami, une pierre sépulcrale ou autre signe indicatif de sépulture ». Si le droit appartient à tout particulier, à plus forte raison appartient-il au titulaire de la concession. La commune est tenue de respecter ces divers emblèmes déposés sur les tombes, fût-ce sur la fosse commune. Le Conseil d'Etat, en 1911, a invalidé un arrêté municipal prescrivant l'enlèvement de pierres tombales surmontées d'une croix (3) qui ne présentaient pas de dangers pour le bon ordre du cimetière.

Dans un arrêt de l'année précédente, il avait annulé

1. C. E. 7.1.42, Alban des Héberts.

2. C. E. Abbé Gounot, 21.1.1910. D. 1911.3.135, conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Saint-Paul.

3. C. E. Téoulé, 23.6.1911, L. 7.14.

un arrêté qui ordonnait l'enlèvement d'une croix dont la hauteur était trop grande au gré du maire. Plus récemment, le 30.7.1915, dans un arrêt Flagel (1), il a décidé qu'il était loisible aux particuliers d'élever des monuments d'une hauteur de plus de trois mètres.

A l'égard des plantations, des solutions semblables sont intervenues.

Le maire peut reglementer comme il lui plaît la hauteur des plantations dans les parties non concédées du cimetière, mais il n'a pas un pouvoir discrétionnaire aussi étendu vis-à-vis des terrains concédés : Le maire de Saint-Danis de l'Hôtel, sans distinguer entre les concessions privées et les autres portions du cimetière, avait ordonné l'abattage de tous les arbres ou arbustes dépassant une dimension donnée. Le Conseil d'Etat a annulé son arrêté : 23.12.1921. Saint-Danis de l'Hôtel.

Il ne faudrait pas conclure cependant de cette annulation que l'autorité municipale ne peut aucunement limiter la hauteur des arbres sépulcraux, empêcher qu'elle ne soit excessive et périlleuse pour la sécurité ou la santé publique : Le Conseil dans un arrêté antérieur au précédent lui reconnaît ce pouvoir. L'arrêt Dam de Suremain 19.4.1907, déclare « cons. que si le maire, dans l'intérêt de la salubrité des cimetières

1. L. 261.

pouvait prescrire l'abattage des arbres de haute tige..., il ne pouvait »... Donc, le maire peut prescrire l'abattage des arbres de haute tige. Le tout est qu'il observe des précautions et des aménagements. Il ne doit pas commettre de violation de la loi et du droit. Il ne doit pas non plus se laisser aller à des détournements de pouvoir. Le maire ne pourrait pas, par exemple, prescrire l'enlèvement d'arbres plantés, sous le motif qu'ils se trouvent en dehors d'une concession. Le pouvoir de police ne peut servir à renforcer les pouvoirs domaniaux. V. C. E. 6.2.1914. Barbarin 157.

Les particuliers surveilleront sur ce point jalousement l'exercice des pouvoirs de police; il n'est peut-être aucun emblème funéraire, à quoi ils tiennent plus, surtout dans les campagnes, qu'aux beaux cyprès plantés par les ancêtres.

Les concessionnaires jouissent encore d'une grande liberté dans l'entretien des tombes : Le maire peut les contraindre à maintenir leur sépulture en état de propreté. — « Considérant qu'en disposant par l'arrêté attaqué que tous les terrains concédés devaient être entretenus par les concessionnaires en état de propreté, que toute pierre tumulaire tombée ou brisée devait être relevée et remise en bon état par le concessionnaire, dans le délai d'un mois, et que toute pierre tumulaire déplacée par une nouvelle inhumation devait être retournée dans les quarante-huit heures

dans le terrain de la concession, le maire de la commune de Surgères a eu pour but d'assurer la sûreté et la salubrité publiques, ainsi que le bon ordre et la décence dans les cimetières, qu'il n'a fait ainsi qu'user des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'article 97 de la loi 5. 4. 1884 », déclare le Conseil d'Etat (1).

Malgré tout, le service de l'entretien des tombes ne pourrait être monopolisé au profit du fossoyeur communal : Le maire de Gy-les-Nonains n'a pas pu sans commettre un excès de pouvoir, ordonner que les membres des familles qui n'assureraient pas l'entretien des tombes par eux-mêmes ou par des domestiques attachés à leur personne devraient s'adresser au fossoyeur communal (2).

Les particuliers peuvent recourir à qui bon leur semble. Les maires sont compétents pour ordonner, dans l'intérêt de surveillance du cimetière, que les noms des entrepreneurs privés chargés de l'entretien lui soient communiqués : C. E, 6. 1. 12, 1912 Chaudron, mais là se bornent leurs pouvoirs. Ils ne pourraient aller jusqu'à subordonner le pouvoir de

1. C. E. Dlle de Chastaigner, 11. 7. 1913, 1. 832.

2. C. E. Adams, 29. 4. 04, L., p. 347.

Parfois des legs sont faits aux communes pour l'entretien des tombes. Le Conseil d'Etat n'autorise l'acceptation de ces legs que lorsque la somme léguée est suffisante pour laisser à la commune un certain bénéfice (V. Morgand, *Loi municipale*, t. II, n° 1284).

nettoyer à la nécessité d'une autorisation préalable (1).

B. — *Caractères particuliers aux concessions
à titre onéreux*

La possession de concessions dotées de caractères particuliers est le résultat poursuivi par les concessionnaire qui passent avec les communes des contrats de concession à titre onéreux. L'analyse de ces caractères est donc une partie essentielle de l'étude du droit sur la concession.

Or, les concessions payantes ne se distinguent pas seulement des concessions gratuites, comme on pourrait le croire au premier abord, par leur durée plus grande. Celles-ci ne sont pas celles-là prolongées.

Le droit du concessionnaire a d'autres attributs que ceux que nous venons de voir.

Ces attributs, nous devons, nous pliant aux nécessités de la méthode scientifique qui nous prescrit de « diviser chacune des difficultés que nous examinons en autant de parcelles qu'il se peut et qu'il est requis pour les mieux résoudre », les cataloguer en deux classes :

1^o Les caractères particuliers qui ne se retrouvent

1. Cours. Cass. L. 1. 1902. B. crim., n^o 12, 17.7.1902. Bérin,
I. 254.

que dans la concession temporaire de trente ans ou dans les concessions perpétuelles ;

2° Les caractères particuliers qui se retrouvent dans toutes les concessions à titre onéreux.

1° *Caractères particuliers qui ne se retrouvent que dans la concession trentenaire ou dans la concession perpétuelle.* — Le concessionnaire trentenaire jouit d'un droit qui lui est propre : c'est le droit de demander le renouvellement de sa concession. Le concessionnaire perpétuel ne possède pas ce droit, il lui serait inutile ; le concessionnaire pour quinze ans ne possède pas ce droit encore qu'il puisse lui être utile.

Le ministre Duchâtel sous l'inspiration de qui l'ordonnance du 6. 12. 1843 a été élaborée, voulait réserver toutes ses faveurs à la concession trentenaire, qu'il estimait plus propre que les autres à concilier les désirs du particulier et les intérêts de l'administration. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit que les concessions trentenaires sont renouvelables indéfiniment à l'expiration de la période de trente ans. Le renouvellement sur le même emplacement est de principe. V. deux arrêts du Conseil d'Etat faisant application : C. E. 27.5.92 Pétichet. C. E. 12.1.1917 Devoncoux. L. 38. De plus, le droit du renouvellement survit pendant deux ans après l'expiration du délai de trente ans (1).

1. Les prescriptions ayant été suspendues en matière administrative comme en matière civile et commerciale pendant la

Caractères quine se retrouvent que sur les concessions perpétuelles : les concessionnaires à titre perpétuel seuls ont un droit stable à entourer de murs pleins leur concession : aux concessionnaires temporaires le maire pourrait l'interdire et ne permettre que balustrades ou des clôtures ajourées (1).

2° *Caractères qui se retrouvent dans toutes les concessions payantes.* — Le particulier concessionnaire a, bien entendu, dans tous les cas, le droit de demander la délivrance de la concession, s'il n'a pas toujours le droit de demander un renouvellement de délivrance. Devenant titulaire du droit au moment de la passation du contrat, il a aussitôt capacité pour entrer en possession et pour effectuer sur la bande de terrain qui lui est concédée en plus des opérations qui sont permises à tous les concessionnaires, d'autres opérations plus importantes.

Il a d'abord le droit d'inhumer, de recevoir les corps des membres de sa famille et ceux de ses amis, sauf à se conformer aux prescriptions de la police. Il peut placer autant de corps qu'il a de fois 2 mètres de terrain. Ce droit d'inhumer persiste jusqu'à la dernière heure de la concession. Le maire invoque-

durée de la mobilisation et jusqu'à la cessation des hostilités (D. 10.8.1914, art. I. Cf. Dalloz, 14.4 90) une commune qui dispose du monument d'une concession, cependant que le concessionnaire se trouve au loin par suite de la guerre, commet une faute justifiant sa responsabilité.

1. Cass. 14. 10. 1843. S. 43 1888.

rait en vain son droit de police et n'a pas qualité pour interdire par voie de disposition générale les diverses utilisations avant la fin de la concession : Un arrêté qui les défendrait serait annulé comme a été annulé par une sentence du Conseil d'Etat du 27 5.92 Pétichet, l'interdiction faite à des concessionnaires trentenaires de recevoir des corps à partir de la vingt-cinquième année (1).

Le maire doit se borner à surveiller chaque inhumation des particuliers : il pourrait, à cette fin (2), subordonner l'inhumation à une autorisation expresse (Cass. 19.6.1874. D. 75.1. 88). Il pourrait même interdire l'inhumation du concessionnaire si la nécessité s'en faisait sentir (3).

Nous avons vu que le droit de se clore était reconnu au concessionnaire : le droit d'établir des tombeaux

1. C. E. Pétichet, 27.5.92. D. 93.3.82.

2. Le maire doit veiller à ce que les dimensions des fosses prescrites par le décret du 27 4.1889 soient respectées et à ce que les tombes en pleine terre ne soient pas réouvertes avant l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la dernière inhumation (V. art. 14 du décret, circulaire du ministère de l'Intérieur : *Bull. off.*, 1867, p. 259).

3. Avant la loi de 1887 qui a prescrit la neutralité du cimetière les maires pouvaient interdire les inhumations des particuliers appartenant à une religion dans le cimetière réservé à une autre religion (art. 15. D. 23 prairial an XII). V. une curieuse espèce (C. E. 12.7, 1861, Karatch., p. 604). Une concession avait été obtenue par un protestant dans un cimetière catholique. Le protestant meurt dans la ville voisine, où existe un cimetière protestant. Le maire de la première commune

en maçonnerie, de construire des caveaux ou d'édifier des monuments et des chapelles funéraires ne saurait être entravé par l'autorité municipale.

Le maire aurait pourtant le droit de prescrire, pour la construction et pour les dimensions, des règles de sécurité ou de décence (non pas selon nous d'esthétique : il n'y a pas une politique d'urbanisme pour les cimetières). Cf. article 10, Décret du 23 prairial an XII.

Le droit pour les particuliers d'aménager l'intérieur du tombeau est discrétionnaire : le particulier agit comme il l'entend ; le maire ne pourrait prescrire des installations particulières tant que la sécurité publique ne l'exige pas. Le droit du particulier sur l'intérieur du tombeau peut être comparé sur ce point au droit du particulier à l'intérieur de son domicile : le Conseil d'Etat semble s'inspirer de cette analogie, lorsqu'il déclare que « si le maire peut ordonner l'isolement des cercueils déposés dans un même caveau, il ne lui appartient pas de prescrire l'exécution d'un mode de clôture déterminé, et de subordonner à cette exécution la délivrance du permis d'inhumer » (1).

Le maire au surplus, même si les conditions qu'il prescrit ne sont pas observées, ne peut faire démolir

refuse de laisser inhumer le protestant dans la concession qui lui appartient. Le Conseil approuve.

L'article 15 du D. prairial an XII est d'ordre public.

I. C. E. Epoux Bacconnet, 7. 8. 1908, p. 892.

le tombeau d'office, comme nous allons le voir en étudiant les sanctions du pouvoir du maire : La démolition ordonnée sans nécessité serait une illégalité grave. La doctrine y verrait à bon droit une voie de fait illicite, bien que la jurisprudence, saisie d'une action en responsabilité pour démolition, n'ait pas prononcé cette expression (1).

Le concessionnaire a le droit de conserver l'emplacement concédé, pendant toute la durée de la concession. Les besoins de la police pourraient autoriser le maire à prescrire le déplacement d'une grille qui gêne la circulation (2) mais non pas à retirer la concession et à la rétablir dans une autre partie du cimetière. Ce que la police ne permet pas, *a fortiori* la gestion ne saurait le permettre. L'intérêt de l'aménagement du cimetière ne serait pas, lui non plus, une raison suffisante de déplacer les tombes (3). Peut-être à la rigueur la désaffectation d'une partie du cimetière pourrait justifier cet acte (4), mais ce n'est qu'au cas de translation du cimetière que le droit de la commune est certain.

1. Civ. 12.2.1901. S. 01.1.233 ; D. 1905.1.495.

2. On peut induire ceci de Cass. 24.8.1764. Lefèvre D. 64.1.366. Le déplacement d'une grille, s'il est nécessaire à la police, est un acte administratif, contre lequel l'action possessoire n'est pas permise, déclare en substance la Cour de cassation.

3. Sur cette question v. Le Vavasseur de Précourt. R. C. A 1892, p. 54.

4. T. Seine, 17.2.1888. D. R. Suppl. V^o Culte, n^o 955.

Sans contredit, le caractère le plus typique de la situation des concessionnaires à titre onéreux c'est le droit d'exiger et l'obligation de subir, au frais de la commune, la translation de la concession, lorsque le cimetière est désaffecté.

Quand le cimetière n'est plus assez grand et qu'il est impossible de l'agrandir à raison de la situation des lieux, il faut en établir un autre. Il faut aussi faire cesser l'affectation du premier cimetière devenu désormais inutile (1).

Que faire des concessions octroyées?

a) L'on a pensé qu'il était nécessaire pour le respect du droit du concessionnaire à titre gratuit que les tombes fussent ménagées cinq ans encore après la désaffectation du cimetière, et c'est pourquoi en vertu du D. de prairial, la commune ne peut aliéner ou louer durant ce laps de temps les lieux de sépulture. Mais l'on a pensé que c'était suffisant : on a compris qu'il était impossible pratiquement et financièrement d'effectuer la translation des restes de tous les morts.

b) Les concessionnaires payants ne pouvaient être traités avec cette rigueur. Ils ont acquitté une redevance pour qu'un terrain leur fut concédé pendant un certain temps, afin d'y pouvoir inhumer. Juridiquement, ils ont droit d'inhumer jusqu'à la fin du délai.

1. Ord. 6.12.1843.

Financièrement, la redevance payée peut être calculée par la commune de telle sorte qu'elle amortisse le capital nécessaire à la translation du cimetière et des concessions: la commune n'a qu'à s'en prendre à elle-même si cette opération se trouve déficitaire.

Ainsi il est logique que les concessionnaires possèdent un droit à la translation (1).

Il est logique aussi qu'ils aient l'obligation de la supporter. La concession n'a été octroyée qu'à raison de l'affectation du cimetière et sous la condition que cette affectation soit maintenue. Si l'on ne peut pas dire que les particuliers n'aient acquis par le contrat de concession que le droit à une certaine étendue de terrain, comme le soutient M. Hauriou (2) parce qu'il est d'évidence que c'est une concession nettement terminée dans l'espace que les particuliers ont entendu acquérir et ont acquis effectivement, il serait beaucoup plus inexact de dire que la commune s'est engagée à assurer l'immutabilité matérielle de la concession, car la commune ne peut pas aliéner les intérêts de la police. Le prince ne peut pas abdiquer

1. On aurait pu, il est vrai, juridiquement appliquer des principes semblables à ceux de l'expropriation pour cause d'utilité publique, décider que la translation entraînerait révocation de la concession, sauf le droit pour le concessionnaire de demander une indemnité, mais cette solution aurait eu quelque chose d'inélégant et serait allé à l'encontre du but que l'on poursuit et qui est de donner de la stabilité à la sépulture, de la sécurité au culte des morts. L'échange forcé était préférable à l'expropriation forcée.

2. S. 93.3.43, col. 2.

sa mission. On ne peut contre lui que donner des garanties.

La première de ces garanties est l'intervention du préfet. La commune ne peut pas décider elle-même de la translation du cimetière. Cette décision appartient au préfet, le Conseil municipal entendu : art. 12. Décret de Prairial, an XII. Article 2, ordonnance du 6. 12. 1843. L'avis du Conseil municipal est une simple formalité. Ainsi la situation des concessionnaires est à l'abri de la volonté même de leur co-contractant.

Les concessionnaires, en second lieu, ont droit dans le nouveau cimetière à un emplacement semblable à celui qu'ils perdent et la commune, aux termes de l'ordonnance du 6. 12. 1843 doit effectuer, de ses deniers, le transfert de la concession.

L'étendue précise des obligations de la commune est controversée. On se demande si tous les frais du transfert demeurent à sa charge ou si les particuliers doivent en supporter une partie, et quelle est cette partie.

L'administration estime que les communes sont tenues au transport des restes et « peut-être » à celui des matériaux des monuments, la démolition et la réédification non comprises (1).

1. Circ. m. Int. 30. 12. 1843. B. m. Int., 1843, p. 257. « A l'égard des frais que les communes auront à supporter dans le cas de translation d'un cimetière, il ne peut être question que de faits matériels tels que le creusement des fosses et transport des restes, et *au besoin* des matériaux des tombes

Certains tribunaux vont plus loin et mettent la totalité des dépenses à la charge de la commune, hormis les dépenses de cérémonies religieuses et de pompes funèbres. La Commune, dit même le Tribunal d'Agen, doit déposer les restes « dans des tombeaux exactement pareils, où le maire doit établir les choses au même et semblable état qu'elles étaient dans l'ancien tombeau » (1). M. Berthélemy qui défend cette doctrine fait valoir que la translation étant une opération de service public, le service public doit réparer l'ensemble des conséquences dommageables de l'opération (2) que, au surplus, la translation du cimetière réalise une sorte d'expropriation et qu'il est de principe que l'expropriation ne peut se faire sans une indemnité juste.

La jurisprudence, dans sa majorité, n'adopte ni l'une ni l'autre de ces deux manières de voir : elle interprète restrictivement l'article 5 de l'ordonnance

érigées sur les terrains abandonnés ». Déc. m. int. 1863. *Bull.*, 1863, p. 318 ; 1870. *Bull.*, 1870, p. 205. Dans le même sens Ducrocq, *Cours de Droit administratif*, 7^e éd., t. VI, p. 272. Dalloz Répertoire, V^o *Culte*, n^o 306. Bremond, *R. C.*, 1894, p. 350.

1. Trib. Agen., 1. 7. 1870. S. 70.2.299 ; — Bordeaux 10.6.1907. D. 1907.2.396.

2. « La reconstruction des caveaux et monuments est à la charge de la commune, puisque cela constitue une dépense principale imposée par l'opération que la commune a voulu réaliser ». Berthélemy note D. 1912.1.130. Ces derniers mots ne sont pas tout à fait exacts ; puisque ce n'est pas la commune qui veut l'opération, mais le préfet. Dans le sens de M. Berthélemy ; Desbats. *R. C. A.*, 1908.1.595.

de 1843 qui ne vise que le transfert des « restes inhumés », elle laisse à la charge des particuliers le transport des caveaux et des monuments : « L'expression *restes inhumés*, dit la Cour de cassation (1), ne peut s'entendre que des dépouilles mortelles et non pas des caveaux et monuments construits par les concessionnaires ». Un certain nombre de tribunaux et de cours avaient déjà statué dans le même sens (2).

Le problème est délicat : d'un côté les textes sont formels et ils sont restrictifs, d'un autre côté les principes sont indiscutables et ils sont extensifs. A sacrifier les principes on risque de commettre une injustice, en sacrifiant les textes on risque de commettre une illégalité. Nous estimons quant à nous que les textes, quand ils sont spéciaux, prévalent sur les principes ; ce sont des lois particulières qui dérogent à une loi générale. Nous approuvons en conséquence la jurisprudence de la Cour de cassation (3).

1. Cass., 25.11.1910. D. 1912.1.129, note Berthélemy.

2. Tribunaux : Clermont Ferrand. 13.3.1895. S. 95.2.254, Orléans, 7.12.1898. D. 02.2.252 ; — Cours : Douai 8.2.1892. S. 92.2.562. Paris, 30.7.1902. S. 02.2.296.

3. M. Berthélemy nous dit dans sa note précitée que si l'affaire était portée devant le Conseil d'Etat, nul doute que celui-ci ne reconnut une responsabilité intégrale de la Commune : Est-ce bien sûr ? Le Conseil d'Etat n'est pas qu'un juge d'équité. S'il prend des libertés avec les textes qui sont à la base d'une opération aussi importante et aussi répétée que l'opération de travaux publics, et si par exemple il a transformé toute l'économie de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse, an VIII, il s'astreint au contraire complètement à res-

2^o Les sanctions du droit sur la concession

Quelles sont les sanctions des droits du titulaire de concession à l'égard de la commune ?

Quelles sont les sanctions des droits de la commune à l'égard des titulaires de concession ?

Le concessionnaire dispose à l'encontre de la commune, de voies de droit les plus variées. On peut en donner le tableau suivant :

Voies de droit administratives. — A) Recours en forme de recours pour excès de pouvoir ; recours pour excès de pouvoir ; B) action en responsabilité devant le Conseil d'Etat contre la commune pour faute de service de police. Nous avons rencontré beaucoup d'arrêts sur le recours pour excès de pouvoirs. Nous n'avons rencontré, en fait, aucun arrêt de responsabilité émanant du Conseil d'Etat. Mais si l'on pouvait relever à la charge de l'administration communale, une faute de service, nul doute que la responsabilité de la commune ne fut affirmée.

Ces voies de droit sont ouvertes à tous les titulaires de concession.

pecter les textes spéciaux. Cf. sur ce point Worms, *les Tendances actuelles du Conseil d'Etat*, 1906.

Le Conseil d'Etat ne saurait d'ailleurs être compétent pour connaître des difficultés relatives à la translation. La translation soulève des questions d'interprétation et d'exécution du contrat, questions qui relèvent des tribunaux judiciaires.

Voies de droit judiciaires. — Le titulaire de la concession gratuite n'a pas d'action en garantie puisqu'il n'a pas de contrat ; il n'a pas, non plus, d'action possessoire ou d'action en revendications, puisque son droit se réduit à la faculté d'orner et d'entretenir des tombes. Il n'aurait de voie de droit judiciaire que si un maire commettait une faute personnelle (délictuelle ou quasi délictuelle lourde) lui portant préjudice ; ou si l'on se trouvait en présence d'une voie de fait.

Le concessionnaire à titre onéreux, au contraire, peut exercer contre la commune.

a) L'action en garantie née du contrat (1) et d'une manière générale toutes les actions qui naissent de la violation du contrat.

b) Les actions possessoires (2).

c) Les actions en revendications.

d) Les actions en responsabilité civile pour voie de fait contre l'administration ou contre le fonctionnaire (3) l'action en responsabilité pénale ou civile

1. Rennes, 31.12.1894. *G. P.*, 1895.2.146, add : pour la garantie du fait d'un tiers : T. Roanne, 12.5.06 ; *Moniteur des juges de paix*, 1886, p. 320, cité par de Fouchier dans : Béquet. *V^o Sépulture* ; pour la garantie des vices de la chose : Lyon, 16.5.77. D. 79.2.19.

2. T. Paix Saint-Haon le Châtel, 16.5.1881, *Rev. crit.*, 1882, p. 656 note de jurisprudence de Gautier.

3. Conf., 13 nov. 1875. Lacombe D. 1876.3.61. Dans l'espèce des ouvriers occupés à des travaux publics, avaient ouvert des tombeaux, arraché des pierres de construction et commis d'autres excès de ce genre. Les particuliers lésés avaient traduit l'administration communale en même temps que le maire,

contre les fonctionnaires pour faute personnelle (1).

On pourrait se demander si le particulier a le droit de se faire justice lui-même lorsque la violation de son droit est grave. C'est la question de la résistance à l'oppression. On sait que la jurisprudence n'admet pas la résistance agressive ou défensive à l'oppression ; même lorsque l'illégalité est manifeste (2). Mais elle admet la résistance passive ; elle ne condamne pénalement le particulier pour désobéissance aux actes administratifs, que lorsque ceux-ci sont égaux. S'ils sont illégaux, le particulier est absous.

Ainsi le concessionnaire a un droit de se faire justice mais ce droit est limité.

La commune a-t-elle plus de pouvoir que le concessionnaire ? Puise-t-elle dans sa qualité de personne

devant les tribunaux civils. Le T. des conf. a reconnu l'existence de la voie de fait en termes exprès : « Considérant que l'action en responsabilité du sieur L... est basée sur des faits qui constitueraient au cas où ils seraient établis, le délit de violation de sépulture, prévu par l'article 360 du Code pénal, et qui ne peuvent être considérés, dans les circonstances de l'espèce, que comme des *voies de fait* qui ne rentrent pas dans l'exécution des travaux publics auxquels les ouvriers étaient employés, qu'il suit de là que c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître que la demande en responsabilité formée tant contre le sieur P... en son nom personnel que contre la commune de T... »

1. Sur la faute personnelle, v. surtout les deux thèses suivantes très remarquables : Cot. *La Responsabilité civile des Fonctionnaires publics*, Paris, 1922 ; Dupeyroux, *Faute personnelle et Faute du service public*, Paris, 1922.

2. V. la note de M. Chavegrin. S. 1904.1.57.

publique détentrice d'une parcelle du pouvoir exécutif, le pouvoir de se faire justice elle-même ? A-t-elle le droit de voie de fait ?

Des auteurs éminents (1) paraissent reconnaître aux administrations publiques, en vertu d'un principe général, le droit d'agir administrativement à l'encontre des administrés : elles auraient la faculté d'agir d'office, d'exécuter elles mêmes leurs décisions, sans en avoir besoin de l'assentiment du juge. Leurs actes, authentiques par eux-mêmes, comporteraient par eux-mêmes la vertu exécutoire. L'administration jouirait du privilège du préalable. La vertu exécutoire de ses actes se réaliserait, sans avoir besoin de passer par le canal des auxiliaires de la justice préposés aux voies d'exécution.

Nous pensons, à part nous, que cette doctrine est beaucoup trop absolue. Il est vrai que l'administration n'a pas besoin de recourir aux huissiers. Il est vrai que l'administration jouit du privilège d'authentifier ses contrats sans notaire. Mais c'est tout. Il n'y a pas de principe général qui oblige les particuliers à obéir provisoirement aux ordres de l'administration. La désobéissance par elle-même n'est pas punie, nous venons de le dire. Chacun peut résister passivement, à ses risques et périls, à tout acte qu'il présume illégal : — Il n'est pas vrai, surtout que l'Administration

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 353.

puisse en principe se faire office de juge elle-même, Au contraire, en principe elle doit recourir au juge s'agissant d'exécuter quelque opération contre les particuliers.

Elle dispose de la force d'exécution, mais elle ne dispose pas, sauf exceptions du pouvoir de décider l'exécution et de passer elle-même à l'exécution (1).

En tous cas, car nous n'avons pas la prétention de trancher en si peu de mots un problème qui a divisé la doctrine en deux camps (d'une part, M. Hauriou se prononçant en faveur du pouvoir d'action d'office et de la suprématie de l'administration (2), d'autre part M. Berthélemy, M. Duguit et M. Jèze se prononçant en faveur de la suprématie du juge) (3), problème qui engage l'interprétation du principe mal dégrossi de la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, — en tous cas pour la jurisprudence, les prin-

1. L'administration, ou plutôt les agents de la police, vivent sur la conviction qu'ils ont le droit d'exécution d'office. Mais ce n'est là qu'un préjugé. Le Tribunal des conflits le réprime toutes les fois que l'occasion s'en présente : dernièrement, des agents de police poursuivis en responsabilité par des particuliers « passés à tabac » ont été abandonnés aux poursuites judiciaires, la faute commise constituant une faute personnelle. Trib. des conflits, 25.2.1922. Immarigeon, L. 185.

2. Hauriou, *op. cit.*, et, en outre, S. 1904.3.17 ; v. cependant des restrictions. S. 1916.3.1.

3. Berthélemy, *Traité*, 315, 316, n. 2. — R. D. P. 1904. Exercice de la Souveraineté par l'Administration, 209. — Duguit, *Traité Droit Constitutionnel*, 2^e éd., III, 711 ; v. cependant II, 307. — Jèze, R. D. P. 1904, 168 s., 515 s. — Année adm., II, 225 s.

cipes sont certains. D'après la jurisprudence en dehors des hypothèses prévues par des lois spéciales, l'administration n'a le pouvoir d'exécution directe que dans deux cas ; 1° quand l'urgence l'exige ; 2° quand les lois ou les actes d'autorité qu'il s'agit de faire respecter sont dépourvus de toutes sanctions juridictionnelles, civiles ou pénales. Ainsi l'on peut dire que l'Administration n'a, en matière d'exécution qu'une fonction de bouche-trou.

Cette idée déjà latente dans les arrêts des tribunaux et dans les conclusions des commissaires de gouvernement pendant le dernier quart du XIX^e siècle a été dégagée avec une magistrale ampleur par M. Romieu, le 12 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, devant le tribunal des conflits. (1) Les commissaires de Gouvernement postérieurs n'ont fait qu'en renouveler l'expression (2).

Les principes dégagés s'appliquent sans difficulté en matière de concessions qu'il s'agisse de l'activité de police ou qu'il s'agisse de l'activité de gestion.

En matière de police — chance très précieuse — M. Romieu nous montre lui-même leur fonctionnement. Le maire de X... avait prescrit, par mesure générale, dans l'intérêt de la sécurité, la suppression des arbres

1. S. 1904.3.17.

2. Commissaires de gouvernement : Chardenet, sur C. E. 10.12.1910, L. 937. — Blum, S. C. E. 17.3.1911 (2 arrêts), L. 341.

de haute tige plantés par les concessionnaires sur leur concession. La dame de Suremain, titulaire d'une concession perpétuelle, ne se conforma pas à l'ordre municipal. Le maire crut pouvoir ordonner l'exécution d'office et fit abattre quelques cyprès. La dame de Suremain attaqua l'ordre d'exécution devant le Conseil d'Etat, arguant d'excès de pouvoir. M. le commissaire de gouvernement Romieu a présenté les observations suivantes : « En principe l'exécution d'office par la voie administrative n'est pas possible; l'arrêté n'est-il pas exécuté? on dressera un procès-verbal pour contravention, et, le juge saisi, tribunal de simple police, tribunal correctionnel ou Conseil de préfecture appréciera la légalité de l'arrêté. Cette règle générale s'impose pour garantir les particuliers contre les abus qu'entraînerait trop souvent l'exécution d'office des arrêtés. Exceptionnellement, l'exécution d'office est licite : 1^o s'il y a urgence, s'il s'agit de faire face à une nécessité publique, de prévenir un péril imminent; 2^o s'il n'y a pas de sanction pénale pour les infractions à l'arrêté et si, par suite, l'exécution administrative est seule possible » (C. d'Et., 19 février 1904, Bernier. L. 131).

Puis, se reportant sur les circonstances de l'espèce M. Romieu concluait : « Le maire ne pouvait pas faire abattre lui-même les arbres d'office, par les soins et aux frais de la commune ; en le faisant il s'est substitué à tort à l'autorité judiciaire et a empiété sur ses

attributions. » Le Conseil d'Etat a consacré les idées de M. Romieu (1).

Dans un arrêt plus récent dont nous avons déjà parlé, il réaffirme cette doctrine avec une nouvelle force : « Considérant qu'aucun texte de lois n'autorise le maire à procéder d'office, sauf urgence ou péril imminent, à l'exécution des mesures... ordonnées, et à se substituer au juge des contraventions, seul compétent le cas échéant, pour prononcer les condamnations encourues par les contrevenants, que par suite sont entachées d'excès de pouvoir les dispositions de l'arrêté par lequel il a prescrit des mesures d'office dans ce sens (2) », arrêté du maire annulé.

Le Conseil d'Etat ne parle que des mesures de police, mais les principes seraient les mêmes *a fortiori* quant à l'exécution des mesures de gestion. L'administration ne doit recourir qu'aux voies de droit. Les actions possessoires, pétitoires ou en responsabilité contre les particuliers, sont dans ses mains, elle doit s'en contenter. Les recueils de jurisprudence nous révèlent que les municipalités comprennent ces nécessités de l'état de droit, la Cour de Douai, par exemple, a statué le 20 novembre 1889 sur une demande en démolition de travaux accomplis par un concessionnaire en dehors de sa concession.

1. Cons. d'Et. Dame de Suremain, 19 avril 1907. L. 345.

2. C. E. Dille de Chasteignier, 11.7.1913.832.

* * *

Au total, les communes concédantes et les concessionnaires, inégaux quant au pouvoir de détermination du contenu des droits à raison de la supériorité du pouvoir de police, tendent à s'égaliser quant au pouvoir d'exécution des droits.

* * *

Seulement, si tel est l'état des forces de la commune et des concessionnaires, le pouvoir de l'administration préfectorale, en cas de translation du cimetière, vient asservir et dominer, au point de vue des sanctions comme au point de vue du fond du droit, la situation du concessionnaire.

La translation est en effet une opération entièrement administrative. Dans l'exécution, aussi bien que dans la décision, elle est soustraite à l'intervention du juge. L'administration a le droit d'agir seule et d'effectuer elle-même sans homologation juridictionnelle, les travaux de déplacement des sépultures. C'est là une de ces hypothèses spéciales ou, par suite de la nature même de l'action à réaliser, on ne conçoit pas l'intervention d'un tribunal et où l'administration possède la plénitude du pouvoir exécutif.

III. — RESTES DU DROIT SUR LA CONCESSION TEMPORAIRE APRÈS L'AVÈNEMENT DU TERME

Quand la concession temporaire est venue à expiration, lorsque la durée de cinq ans ou la durée de quinze ans ou celle de trente ans, sont révolues, tout n'est pas fini entre la commune et le concessionnaire. Le but est si vigoureux et si impérieux qu'on sent pendant quelque temps encore plusieurs de ses effets.

La nécessité des développements antérieurs nous a forcé de parler de l'un des plus importants de ces restes du droit sur la concession. C'est un « reste », en effet, que le droit pour le titulaire d'une concession trentenaire, de renouveler sa concession, sur le même emplacement, pendant les deux années qui suivent l'arrivée du terme. Nous avons vu en étudiant le droit sur la concession cette situation particulière. Inutile d'y revenir.

Mais voici une autre survivance du droit du concessionnaire, que nous ne connaissions pas.

Les ornements, pierres tombales ou monuments, que les particuliers n'enlèvent pas en fin de concession, doivent être respectés par la commune, aussi longtemps que le renouvellement général des tombes n'est pas prescrit par la commune. Tous les conces-

sionnaires temporaires, même les concessionnaires gratuits (1), peuvent revendiquer ce droit.

A fortiori, les objets laissés ne cessent d'appartenir aux particuliers pendant ce laps de temps indéterminé.

Les particuliers ne pourraient être contraints de les retirer que lorsque le renouvellement des tombes devient nécessaire (argument arrêt du Conseil d'Etat Téoulé 23.6.1911). S'ils restent sourds aux injonctions de la commune, alors seulement ils vont perdre la propriété.

Ce n'est pas, d'ailleurs, la commune qui acquiert de plano les droits sur les biens abandonnés. Ceux-ci rentrent dans le patrimoine de l'Etat, en qualité de biens vacants et sans maître.

L'Etat, en pratique, s'est montré bon prince : il a fait don aux communes des objets abandonnés : la commune pourra les aliéner. En même temps, pour que cette générosité portât des fruits utiles, il a mis à cette donation la condition que la commune signifierait aux particuliers d'avoir à reprendre leurs biens. Après la mise en demeure seulement, la commune acquiert la pleine disposition (2).

On pourrait ici évoquer l'idée de droit paternaliste, c'est même du paternalisme le meilleur, puisque

1. C. E. Téoulé, 23.6.1911, L. 714.

2. Voyez sur ces points, la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 30 décembre 1843, n° 8. Dalloz, Rép. v° *Culte*, n° 790.

l'Etat poursuit, à la fois, l'intérêt, l'avantage des personnes morales inférieures et celui des particuliers.

Tant il est vrai que le service public des concessions repose sur une collaboration étroite et, dans l'ensemble, amicale de l'individu et du pouvoir.

SECTION II

Caractères civils des droits relatifs à la concession.

Dans les rapports des particuliers entre eux les caractères des droits relatifs aux concessions reçoivent non moins fortement que dans les rapports de l'administration avec les particuliers l'empreinte du but.

Ce qu'il importe d'observer tout de suite c'est que le but attire à lui, en même temps, sans les subordonner l'un à l'autre, les caractères administratifs et les caractères privés, que les caractères privés des droits ne sont pas à la remorque des caractères administratifs. Si parfois les actes des concessions mentionnent et sanctionnent les règles de droit privé, cela ne vient pas nous contredire; pareille mention n'est pas une création, c'est une simple constatation qui prouve seulement que les intérêts administratifs, ainsi que nous l'avons noté, concordent souvent avec le but général. L'acte de concession dans ses dispositions de droit privé ne fait d'ordinaire qu'exprimer ce qui

découlerait directement de la destination même de la concession dans l'ordre du droit privé.

Non seulement le droit privé n'est pas dépendant du droit administratif en matière de concessions, mais même il s'impose à lui. Il est d'ordre public. Si l'acte de concession ou un acte de police contrariaient ses règles ils seraient considérés comme sujets à l'annulation par le juge du fond ou celui de l'excès de pouvoir et, de plus, les délibérations qui auraient autorisé cette violation du droit privé pourraient être critiquées pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a montré dans un arrêt du 13 mars 1913 commune de Mure (1) qu'il était disposé à anéantir tous les actes de l'autorité qui méconnaîtraient le régime privé des droits. D'une manière plus générale toutes les sanctions diverses que le particulier possède vis-à-vis de la commune pourraient être mises en mouvement pour protéger les règles de droit privé contre les empiétements des forces administratives.

* * *

Tandis que les décrets avaient une place importante pour déterminer les caractères administratifs, les règles d'ordre civil dont nous allons faire connaître la signification et la portée sont principalement œuvre jurisprudentielle. Elles émanent des tribunaux judiciaires seuls, les tribunaux administratifs

1. V. *infra*.

étant incompétents pour créer le droit en matière civile (1). Ces règles ont pour caractère d'être complètement soustraites à l'influence des intérêts étrangers à la destination de la concession, les principes sont plus simples par conséquent, plus faciles à décrire que ceux du droit administratif (2).

Mais, comme il se trouve que tout en étant indépendantes en soi du droit administratif et autonomes, les règles de droit privé ont pour matière le contenu même des droits tel que les détermine le droit administratif, il nous faut adoptant à peu de choses près la marche suivie dans la précédente section étudier successivement le droit à la concession et le droit sur la concession. Nous négligerons de parler en particulier des « restes » des droits sur la concession temporaire. Leur régime privé se confond avec le régime privé des droits sur la concession gratuite (3)

1. Les tribunaux administratifs appliquent les contrats de droit civil quand leurs dispositions sont claires, ils appliquent les lois civiles et en outre ils peuvent les interpréter lorsqu'elles sont obscures, de même que les tribunaux judiciaires peuvent interpréter les lois et règlements d'ordre administratif. Mais ils ne peuvent pas construire et créer une jurisprudence dans l'ordre du droit civil pas plus que les tribunaux judiciaires ne peuvent construire et créer dans l'ordre administratif hors des cas où ils ont le plein contentieux. En un mot le juge administratif ne peut pas faire œuvre prétorienne dans l'ordre civil.

2. Ceci explique que tout en étant aussi essentiels que les caractères administratifs, les caractères privés occupent dans notre étude moins de place.

3. Dans le régime administratif, il en va de même : ce sont les mêmes prescriptions qui régissent l'une et l'autre situa-

si nous considérons les restes communs à toutes les concessions : il se confond avec le régime des concessions trentenaires s'il s'agit de reste spécial qu'est le droit de renouvellement de la concession.

C'est le droit sur la concession payante ici comme en droit administratif qui va nous retenir le plus longuement. Et nous bloquons dans un premier paragraphe : Le droit à la concession et le droit sur la concession gratuite.

I. — DROIT A LA CONCESSION

DROIT SUR LA CONCESSION GRATUITE

Droit à la concession. — Qu'il s'agisse de concession gratuite, ou qu'il s'agisse d'une concession payante, le principe est identique : le droit à la concession est hors commerce. Dans la mesure où il existe, il est attaché à la qualité spéciale de son titulaire et celui-ci ne peut l'aliéner, on ne comprendrait pas qu'il fasse argent du droit à la concession (1). On ne concevrait pas non plus qu'il le transmette par testament ou par donation. Par contre, selon nous,

tion. En droit administratif, cependant nous avons fait aux survivances du droit une place séparée. — Ne devrions-nous pas agir de même ici ? — Nous ne le pensons pas. Il était nécessaire dans le 1^{er} chapitre de mettre en lumière la situation. Ici ce n'est plus nécessaire.

1. La jurisprudence est muette sur cette question. Il ne faut pas s'en étonner. La solution va tellement de soi qu'il n'y a pas lieu à procès.

le droit se transmet à cause de mort aux héritiers ; et ceux-ci peuvent exiger, sinon pour eux, du moins pour leur auteur, l'octroi de la concession. Nous ne disons rien des sanctions de ce droit à l'encontre des entreprises des particuliers, l'hypothèse d'une entreprise de ce genre n'étant pas concevable.

Les mêmes idées sont applicables au *Droit des héritiers sur la concession gratuite*. Le droit est inaliénable. Il se transmet à cause de mort aux héritiers des héritiers, mais à la différence du droit à la concession dont la violation par les particuliers n'est guère concevable, le droit sur la concession peut être violé par les particuliers. Si cette violation se produisait, le titulaire peut les défendre par des actions en responsabilité ; si ce trouble causé par autrui consistait dans l'enlèvement des pierres tombales ou des autres ornements des tombeaux, les actions en revendication seraient certainement accordées.

II. — DROIT SUR LA CONCESSION PAYANTE

Le droit sur la concession à titre onéreux va nous retenir plus longtemps. Il obéit lui aussi à quelques-uns des principes que nous venons d'examiner. Cependant ces principes reçoivent des modifications dignes d'attention. Examinons-les tour à tour.

I. — La disposition et la protection du droit

Les réalités qui sont différentes nous obligent à distinguer : le droit sur le terrain concédé : le droit sur le tombeau.

A. — *Le droit sur le terrain concédé*

Deux situations se présentent diverses : ou bien nous trouvons un concessionnaire unique ou bien nous trouvons des concessionnaires indivis. Le concessionnaire unique c'est le fondateur unique ou l'héritier unique. Les concessionnaires indivis ce sont normalement les co-fondateurs ou les cohéritiers, ce sont encore tous les membres de sa famille à qui le fondateur a destiné la concession. Le concessionnaire indivis fait surgir des problèmes qui n'apparaissent pas dans la situation du concessionnaire unique. Mais ces problèmes ont pour matière les droits mêmes du concessionnaire unique (1). Ainsi de même que nous avons étudié le droit administratif matière du droit civil avant que d'étudier le droit civil, nous devons étudier en premier lieu le droit du concessionnaire unique, matière des droits indivis, avant que de passer aux droits indivis (2).

1. C'est parfois une question de fait : La Cour de Bordeaux a décidé qu'un fils de famille qui vivait en communauté d'intérêts avec sa mère et sa sœur, n'était pas l'unique concessionnaire d'un terrain acheté avec les fonds communs. 9.2.1887. S.88.2.231.

2. L'inscription d'un nom appartenant en commun à plu-

* * *

Droits du concessionnaire unique. — Le droit du concessionnaire est fortement influencé par l'affectation de la concession. Il est fort et faible à la fois : il est fort quant au pouvoir de protection qu'il donne au titulaire contre les non titulaires, il est faible quant au pouvoir de disposition qu'il donne au titulaire au profit des non titulaires.

A) *Droit de disposition.* — Les dispositions à titre onéreux sont défendues mais les dispositions à titre gratuit sont permises.

En prohibant les dispositions à titre onéreux l'ont veut assurer le respect sacré du droit : la redevance, nous le savons qui, juridiquement, est une taxe et non un prix, est considérée en fait dans l'opinion comme une sorte de prix. Ceci donne aux caractères administratifs de la concession une sorte d'arrière-goût de spéculation. La commune spécule. Les règles du droit privé applicables aux concessions écartent au contraire complètement la spéculation.

Les aliénations sont interdites. Ce principe se retrouve dans toute une série d'arrêts, invariablement répété. Nous nous contentons de renvoyer aux arrêts,

sieurs membres de la même famille ne suffit évidemment pas à révéler le caractère indivis de la concession. T. Melun 9-12-1884 ; G. Pal., 1885, Sup. 54.

les affaires ne présentant pas de particularités dignes d'attention (1).

La Cour de Lyon a cependant prétendu que les usages locaux seraient souverains en cette matière, et que s'ils permettaient l'aliénation, cette aliénation serait valable. On estimera sans doute qu'une pareille manière de décider est défectueuse. S'il est vrai que nous sommes en une matière où les règles sont d'ordre public, et ce point ne peut faire de doute, l'usage ne saurait déroger à ces règles (2).

Si la concession est inaliénable, elle est par là même insusceptible d'hypothèque. Hypothéquer ce serait encore trafiquer.

La limitation du droit de disposition à titre oné-

1. Les affaires de concession sont monotones. Cependant les arrêts sont toujours intéressants. Le juge, visiblement, a été piqué de curiosité en présence d'une matière si peu commune. Ses sentences ont un tour et un esprit particulièrement vifs.

Tribunaux : Lyon, 30.6.1877. D. 78.3.88; Seine, 1.4.82. D. 83.3.30.22 et 29.2.08. *G. P.*, 08.2.256; Tarascon, 11.7.94. *G. P.*, 94.2.401.

Cours : Lyon, 13.11.1890; Lyon, 8.6.1911. S. 12.2.19; Paris, 1891. 2. 142; Paris. 24.2.93. D. 93. 2. 358. 29. 6.96. D. 97. 2. 501; Aix, 17.4.1907. S. 07.2.278; Poitiers, 15.7.12. *G. P.* 12.2. 390.

Cass. : Req., 8.6.1898. S. 02.1.134. 21.1.94. D. 94.1.201. 7.4. 1857. D. 57.1. 311.

2. Lyon, 17. 8. 1880. S. 82.2.78. Dans notre sens : Pelat, *op. cit.*, p. 150. L'usage n'est certainement pas négligeable dans une matière qui touche aux sentiments, mais il faut tenir compte de l'unité nécessaire de jurisprudence, surtout puisque l'ordre public est engagé (V. cependant dans le sens de Cour de Lyon : Agen, 2.3.96. S. 97.2.187).

reux nous montre que la concession est un bien « hors le pécuniaire commerce » (à l'égal du fait du prince, pour prendre des exemples dans cette étude). La faculté de disposition à titre gratuit, qui est accordée au contraire dans de certaines limites nous montre que la concession n'est pas un bien « hors le commerce désintéressé » (le fait du prince continue d'être « hors le commerce désintéressé »).

Pour déterminer exactement la portée du droit de disposition à titre gratuit, il faut se représenter deux cercles : dans le premier sont compris les étrangers et les amis ; dans le second sont compris les membres de la famille. Les effets changent selon qu'il s'agit du droit de disposition entre vifs ou du droit de disposition à cause de mort.

Entre vifs :

Parmi le cercle des étrangers, le droit de disposition va pour le concessionnaire jusqu'à pouvoir octroyer des places individuelles (1) et ne va pas jusqu'à pouvoir octroyer la concession ou une quote part de la concession (2).

1. Tribunaux : Seine, 2.1.1896. *B. M. I.*, 49. Cours. Paris, 24.2.93. S. 93. 2.189. La jurisprudence semble reconnaître que le contrat de concession pourrait limiter et interdire le droit de disposition en faveur d'étrangers. Dans ce sens : *B. M. I.*, 1863, p. 289.

2. Tribunaux : Seine, 1.4.82. D. 83. 3. 301; 9.5. 83. S. 84.2.72. Cours : Lyon, 4.2.75. S. 77.2.35; 11.5.94. R. G. N. Defrènois, n° 3173; Bordeaux, 20.11.99 avec Montpellier, 26.12.99. S. 00. 2.139.140.

Parmi le cercle de la famille, le droit de disposition va jusqu'à permettre au concessionnaire d'octroyer une quote part de la concession : un frère a pu consentir à sa sœur le tiers du tombeau (1).

Cette distinction entre l'hospitalité ou l'amitié d'une part et la famille d'autre part est admirable : elle est l'un des chefs-d'œuvres juridiques de la jurisprudence en cette matière des concessions qui est à peu près tout entière un chef-d'œuvre (2). Nulle part la jurisprudence ne s'est montrée plus « humaniste », et se montrer « humaniste » en droit, n'est-ce pas le plus élevé des titres ?

Nous suivrons M. Mestre quand il dit que le droit de concession est un droit « empreint d'un caractère familial très accusé ».

A cause de mort :

La jurisprudence suivra des principes un peu différents. Dans le cercle des étrangers : L'aptitude de l'étranger au tombeau est plus large : la jurisprudence reconnaît la possibilité d'un legs à titre particulier portant sur le tombeau et non pas seulement sur une place déterminée (3).

Mais il ne faut pas interpréter un legs universel

1. Bordeaux, 9.5.83. S. 84.

2. L'autre chef-d'œuvre de la jurisprudence civile, c'est l'ensemble des règles de transmission *ab intestat*.

3. Lyon, 7.7.83. D. 85.2.34 ; Agen 23. 6. 1909. D. 1910. 2. 18. *Contra* Lyon, 4.2.75. D. 77.1.171. T. Seine, 9. 5.83. S. 84.2. 72.

ou un legs à titre universel muets sur la concession comme comprenant le droit sur le tombeau : le droit de la famille étant meilleur, dans le silence, que le droit de l'étranger (1).

Les dispositions du droit au détriment d'un membre de la famille en ligne directe en faveur d'un autre membre de la famille sont possibles. Le concessionnaire a un droit d'exhérédation très vigoureux : il peut léguer la concession à l'un de ses enfants à l'exclusion de tout autre, la quotité disponible serait-elle épuisée (2). Ce qui prouve que le droit de disposition sur la concession est plus grand que sur un bien ordinaire (3).

Le droit d'inhérédation d'un colatéral va plus loin : Il peut être exercé au profit d'un légataire universel (4).

Ainsi, nous pouvons dire, avec M. Mestre (5), que

1. Jurisprudence relative au legs universel ou à titre universel a été variable mais elle s'affirme : V. Limoges, 7.6.23 *G.P.*, 21.8 1923 note de M. Savatier *R. T. C.* 1923.1011. — Auparavant des arrêts opéraient l'attribution selon les intentions du défunt telles qu'elles ressortaient des débats : Trib. Limoges 9.2.1907. *D.* 07. 5. 22. Aix, 17.4.1907 sous *D.* 09. 1. 177. — D'autres préféraient d'office l'héritier *ab intestat* ; T. Seine, 9.5.83. *S.* 84. 2. 72 ; Toulouse, 25.4.1904. *S.* 05. 2. 9 ; Poitiers, 30. 12. 1908. *S.* 05. 2. 220. — D'autres préféraient le légataire. Trib. Clermont-Ferrand, 13.3.95. *S.* 95. 2. 254 ; Agen, 1909. *D.* 10. 2. 18.

2. Lyon, 19.2.56. *D.* 56. 2. 178. *Req.* 7.4.57. *D.* 57. 1. 34.

3. Cazalens note au *D.* 1877. 2. 167. Sous Lyon, 4.2.75.

4. Agen, 13.6.1909. *S.* 1909. 2. 243.

5. Note précitée *S.* 1917. 1918. 114. col. 2. V. encore sur toutes ces questions la note de M. Hémar, *R. T. D. C.*, 1913, 223.

le concessionnaire, en instance de mort, exerce une sorte de « magistrature domestique » sur le tombeau. La jurisprudence reconnaît d'autant plus aisément son pouvoir discrétionnaire, que le tombeau va être sa demeure.

B) *Le pouvoir de protection est très solide.* — Et précisément la solidité de ce pouvoir vient de la faiblesse du pouvoir de disposition à titre onéreux. C'est « l'endroit » de la médaille.

L'inaliénabilité qui est une limitation de la liberté est en même temps une assurance de la propriété : Le concessionnaire qui subit la loi de l'inaliénabilité, est protégé par elle. La jurisprudence déduit de cette idée deux conséquences. La première c'est que la concession est imprescriptible (1).

La seconde c'est que le concessionnaire ne peut être forcé de céder la mitoyenneté d'un mur de concession (2).

La doctrine peut tirer une troisième conséquence qui a été développée avec beaucoup de largeur de vues par une Cour étrangère, la Cour de cassation de Turin : les créanciers ne peuvent saisir la concession (3).

En voici une quatrième.

Parfois un usurpateur a des sanctions qui protègent

1. Paris, 29.6.96.D.97.2.501. Req., 9.6.98. D.99 1. 111.

2. T. Boulogne-sur-Mer, 11.11.1904. D.06.11.97.

3. Cass. Turin, 21.11.1883.S.85.5.6. v. *infra* à l'occasion du droit au tombeau.

provisoirement son usurpation, contre les voies de fait. C'est lorsqu'il a la possession annale ou la détention paisible et publique d'un immeuble : dans le premier cas il dispose d'une action en complainte, dans le deuxième cas il dispose d'une action en réintégration :

En matière de concession dans les cimetières la complainte n'est pas accordée : la concession est imprescriptible et sur les biens imprescriptibles un usurpateur ne peut acquérir la possession et par conséquent il ne peut acquérir d'actions en complainte (1).

Seule, l'action en réintégration pourrait être mise en œuvre par l'usurpateur : la réintégration suppose uniquement la détention paisible et publique d'une chose :

Ainsi pour passer de là aux sanctions appartenant au concessionnaire, le concessionnaire dépossédé peut, s'il sait esquiver la réintégration, procéder par voie de fait.

A ce moyen il faut ajouter les diverses actions possessoires et pétitoires. Le concessionnaire troublé ou dépossédé par un tiers pourrait y recourir, comme il peut y recourir à l'égard de la commune.

1. Nous disons que l'imprescriptibilité sur un immeuble s'oppose à ce que l'usurpateur recoure aux actions possessoires, mais elle ne s'oppose pas à ce que le possesseur régulier recoure aux actions possessoires. C'est ainsi que les personnes morales et certains occupants réguliers du domaine public disposent des actions possessoires. V. *supra* et *infra*.

Le Conseil d'Etat dans l'arrêt Castangt du 19 mars 1863, sur les conclusions du commissaire du gouvernement, l'Hôpital, a statué implicitement dans le sens de la reconnaissance d'une action en revendication.

L'action en responsabilité s'ajoute à ces actions et peut être dirigée contre l'usurpateur (1).

* * *

Le particulier peut, bien entendu, utiliser les caractères administratifs de la situation pour défendre son droit.

Il pourrait, d'abord, demander à l'autorité de police d'intervenir et celle-ci, dans un cas d'urgence, si le trouble dont le particulier se plaint était de nature à altérer la paix matérielle, pourrait agir par la voie d'exécution administrative comme par la voie de commandement ainsi que nous l'avons constaté dans les rapports de la commune et du concessionnaire. Mais si le particulier peut demander le concours de la police administrative, il n'a pas le droit de l'obtenir : le Conseil d'Etat a ainsi décidé dans l'arrêt Castangt précité.

A l'exécution par la commune de ses devoirs de gestion, l'on a droit au contraire : et le concessionnaire pourrait exercer une action en garantie pour

1. Poitiers, 11.8.73. S. 75.2.22.

trouble de droit ou pour évictions contre la commune (1).

* * *

Le droit des concessionnaires indivis. — Comment se comporte le droit du concessionnaire quand il appartient à plusieurs titulaires ?

Quelles seront les règles de la jouissance et de l'usage. Quelles seront les règles de la disposition et de la protection.

* * *

La concession est indivise et l'indivision est forcée. L'article 815 qui déclare que nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision n'a pas ici son application. Au contraire l'on est « tenu » de rester dans l'indivision (2). Elle ne peut cesser que par extinction du titulaire ou par la cession volontaire et gratuite du droit. Le partage ou la licitation seraient contraires au but sacré de la concession : ce serait la traiter aux yeux de la jurisprudence comme une chose dans le commerce que de la liciter ou de la partager (3), même entre parents.

1. Poitiers, 11.8.73 S. 75.2.22.

2. La commune cependant, selon la Cour de Dijon, pourrait stipuler dans l'acte de concession, que la concession évitera la propriété indivise. Dijon, 5.12.85. *G. P.* 86, sup. 86.

3. Tribunaux : Seine, 9.5.83. S. 84.2.72, 16.4.1912. S. 18.19.115. Cours : Montpellier, 18.5.58. S. 59.2.533 ; Paris, 24.2.1893. D. 93.2.353. Cass. 7.4.57. S. 57.1.341. — En conséquence un notaire n'est pas obligé de comprendre la concession dans un état liquidatif : c'est l'espèce du T. Seine,

* * *

Sans l'assentiment des autres indivisaires, un indivisaire ne peut pas faire des actes de disposition de la concession.

Il possède seulement :

a) Le droit d'inhumation pour lui et pour les « siens », pour son époux (1) pour ses parents en ligne directe (2) et pour ses alliés en ligne directe descendante (3).

Le droit ne peut s'exercer que sous la condition qu'on réserve des places aux autres héritiers (4).

16.4.1912. S. 1918-19.2.113. La jurisprudence se montre moins rigoureuse lorsqu'il s'agit non plus d'un terrain concédé, mais d'un tombeau vide. Cf. *infra*. Peut-être pourrait-on critiquer la rigueur qu'elle met à défendre la licitation. La licitation est une opération où les étrangers ne sont pas admis : c'est une affaire intrafamiliale, ce qui donne toute satisfaction au but familial de la concession. La licitation ne présente donc pas de dangers. Au rebours elle présente des avantages : elle peut être pratiquement utile pour apporter une solution à des difficultés inextricables ou d'autant plus pénibles et regrettables qu'elles se produisent à l'occasion d'un bien de cette qualité.

1. Nancy, 24.5.89. S. 89.2.188.

2. T. Seine, 2.4.12. 56. S. 57.2.338.

3. Les alliés en ligne directe descendante sont le gendre et la bru. — Trib. Clermont-Ferrand, 13.3.95. S. 95.2.254 ; Narbonne, 15.1.1913. D. 14.2.36.

Cours : Nancy, 24.5.1889. S. 89.2.188 ; Montpellier, 26.1.2.99. S. 00.2.140 ; Bourges, 22.3.1911. D. 1912.2.278.

Les alliés en ligne ascendante ou collatérale, beaux-parents ou beaux-frères, ne sont pas considérés comme étant les « siens » de l'indivisaire. — Trib. Marseille, 14.4.1880. S. 81.2.48 ; Nogent-le-Rotrou, 31.1.1890. *La loi*, 21.2.1890. — Cf. Ar. Bordeaux, 8.11.1911. S. 1912. Saires, 2.31.

4. Seine, 24.2.56. S. 57.7.338.

Les tribunaux disent parfois que la répartition des places se fera en prenant pour base les parts.

Cette doctrine nous paraît critiquable (1). Les règles de dévolution des biens ne peuvent s'appliquer à la dévolution de la jouissance, puisqu'on le verra elles ne s'appliquent pas à la dévolution *ab intestat* de la concession.

Il est mieux de dire avec le tribunal de la Seine que l'inhumation se fait dans l'ordre des décès, sauf à tempérer toujours cette loi par celle du respect des co-indivisaires (2).

b) Le droit d'orner la concession est gouverné par des règles identiques : chacun a le droit d'entretenir le tombeau mais nul ne peut le faire au détriment des autres :

L'inscription doit être commune et si elle est particulière il ne faut qu'elle usurpe sur l'inscription commune. La fille du concessionnaire ne peut faire graver sur la concession le nom de son mari, avec les mots « à perpétuité » (3) ou des formules religieuses qui ne sont pas acceptées de tous (4). A plus forte raison un indivisaire ne peut enlever la porte d'une chapelle funéraire dans un esprit de vexation (5). Ou bien faire

1. Dans notre sens : Mestre. S. 1918-1919. — En sens contraire : T. Seine, 24.12.56. S. 57.2.338. Surtout : Nancy, 24.5.89, S. 89.2.188 ; Montpellier, 26.12.99. S. 00.2.140.

2. T. Seine, 16.4.1912. S. 18.19.2.113.

3. Bordeaux, 27.2.82. D. 83.2.158. V. Rec.

4. Rouen, 21.3.84. D. 85.2.80.

5. T. Seine, 19.7.1889, *B. M. J.*, 1889, p. 416.

construire à l'angle d'une concession un mausolée destiné à un seul des défunts communs (1). La mère a le droit d'entretenir la tombe de son enfant et d'y déposer des fleurs et des couronnes. Si le père jette stupidement sur un tas d'ordures la couronne maternelle, il se rend coupable de violation de sépulture (2). La veuve de l'enseveli a droit d'entrer dans la chapelle ; le père et la mère du défunt ne peuvent lui refuser ce droit (3).

Ainsi la loi des rapports des co-indivisaires en matière de disposition c'est la loi du respect mutuel, dans le respect du but.

* * *

Le droit de protection ne peut donner lieu à des difficultés : les co-indivisaires exerceront soit isolément soit de préférence en se concertant, les voies de fait et les voies de droit propres à défendre leur droit.

B. — *Droit sur le tombeau*

Il convient de mettre à part le droit sur le tombeau.

Le régime civil du droit sur le tombeau change suivant que l'ensevelissement a lieu ou suivant qu'il n'a pas eu lieu.

1. T. Seine, 16.5.87. Paris, 1887.2.23.

2. T. corr., Corbeil, 3.6.1904. D. 56.2.49.

3. T. Seine, 7.1.02. Paris, 1904,2.60.

Le tombeau est considéré, lorsque l'ensevelissement a eu lieu, comme « consacré ». Il doit être assimilé à la sépulture proprement dite. Aucune des opérations juridiques qui ne peuvent être effectuées relativement à la concession, ne peut être effectuée relativement au tombeau. Le droit de disposition est exactement le même dans les deux cas. La Cour de Paris a jugé que « le droit sur le tombeau... ne pouvait être ni vendu, ni licité, ni partagé » (1). Les créanciers n'auraient pas, bien entendu, le droit de le saisir. La Cour de cassation de Turin leur a refusé ce droit (2). Ainsi feraient certainement les cours françaises.

Lorsque le tombeau est vide, la solution n'est plus la même. Le tombeau ne forme plus corps avec la sépulture, il en est distinct ; et, tous les actes de dispositions seraient possibles et légitimes. La Cour de Limoges, sans aller jusqu'à formuler le principe que nous indiquons, en a fait, il y a peu de temps, une application particulière, en décidant que le tombeau pouvait être mis aux enchères devant notaire (entre membres de la même famille) en cas de liquidation de la communauté (3).

1. Paris, 24.2.1893. D. 93.2.358, note Planiol.

2. Cass. Turin, 22.11.83. S. 85.4.17.

3. Limoges, 27.5.1914. *G. P.*, 1919.2.107. — Cf. une note, *Gaz. Pal.* du 17.10.1923.

II. — Transmission naturelle du droit
sur la concession. — Succession *ab intestat*

Nous avons émis en tête de cette étude cette idée selon nous capitale, que la nature essentielle des droits se révèle surtout au moment de la mort. Il serait sans doute plus exact de dire que toute liquidation de droits fait apparaître les ressorts même qui soutiennent les droits. Mais nulle liquidation ne saurait être comparée à la liquidation à cause de mort, liquidation par excellence. Il faut même ajouter que c'est spécialement lorsque le défunt disparaît *ab intestat* que les droits fonctionnent le plus clairement et que leur jeu est naturel.

Leur jeu est « naturel ». On dit, il est vrai, bien souvent que la transmission des droits à cause de mort est réglée selon la volonté présumée du défunt et l'on présente la transmission *ab intestat* comme une sorte de décalque de la transmission volontaire. Ce n'est pas ainsi qu'il faut se représenter les choses. C'est méconnaître l'esprit de la succession *ab intestat* que de la regarder comme exprimant la volonté présumée du défunt. La vérité c'est que, en établissant les règles de la succession *ab intestat*, législateurs et jurisprudence se sont inspirés principalement (sinon uniquement) de ce qu'ils regardaient comme rationnel, comme découlant de la nature des intérêts en présence. On a déclaré, pour donner plus d'autorité

à leurs prescriptions que les règles posées n'étaient que la volonté présumée du défunt, mais on sait que les présomptions ne sont bien souvent que des mensonges partiels, utiles, officieux, des législateurs ou des tribunaux : c'est le cas ici. Serait-ce par hasard un effet de la volonté du défunt, à qui les circonstances n'ont pas permis de faire un testament, que son conjoint qu'il a peut-être aimé par dessus tout, n'ait qu'un usufruit limité sur sa succession et ne reçoive l'hérédité qu'à défaut des héritiers du sang ? Non, évidemment. Simplement la loi a pensé que le conjoint pouvait n'être qu'un compagnon passager, que la race était plus stable et plus sûre que lui, ce qui n'est sans doute pas une mauvaise vue des choses, mais ce qui est une vue de cet observateur et arbitre qu'est la loi, non pas de cet acteur qu'était le défunt.

En matière de concessions dans les cimetières il en est de même. Les décisions de la jurisprudence proviennent d'une certaine représentation des choses : elles ne se fondent pas sur la volonté présumée du défunt.



Le principe c'est que de même que l'ordre public limite ici les pouvoirs ordinaires de disposition de jouissance, il transforme aussi les règles ordinaires de la transmission *ab intestat*.

Le terrain concédé ou le tombeau, choses sacrées,

ne peuvent être placés pêle mêle, à côté des choses humaines, non plus dans les successions légales que dans le patrimoine vivant. Cette vue, qui n'est pas une vue de sentiment, qui provient de la sagesse, d'une science des choses qui connaît leur prix, a produit en matière de succession *ab intestat* le principe général que si l'on ne peut pas proscrire dans leur esprit et dans leurs lettres entièrement les lois de succession aux biens, leur esprit et leurs lettres ne s'appliquent pas toujours (1).

I. — Il serait impossible, il est vrai, de décider que la concession ne passerait pas, en l'absence d'enfants, aux collatéraux et aux ascendants privilégiés, puis aux ascendants ordinaires, puis aux collatéraux ordinaires, puis à l'Etat, comme le veut la loi ordinaire. De même on ne pourrait conférer un droit aux enfants naturels non reconnus (2) ou aux indignes. Le caractère de la concession se concilie très bien avec toutes ces règles habituelles.

II. — Mais il deviendrait impossible de décider, comme le voudrait la loi successorale ordinaire, que le conjoint ne viendrait que comme successeur aux biens. La concession est dans une certaine mesure un bien familial, le conjoint est le soutien, une colonne de

1. La jurisprudence civile a pris ainsi à l'égard des règles de succession aux biens une attitude analogue à celle qu'a prise la jurisprudence administrative à l'égard des règles de droit commun de la responsabilité.

2. V. cependant *infra*.

la famille. La cohabitation, même en mettant les choses au pire et en supposant des mésententes entre les époux, a créé des liens qui étant eux-mêmes sacrés, produisent des effets à l'égard de cette chose sacrée qu'est la concession.

C'est pourquoi la jurisprudence reconnaît au conjoint survivant le droit au tombeau, sur la même ligne que les enfants (1).

Le conjoint garde ce droit même au cas de convol. Sans doute le nouveau conjoint et les enfants du second lit ne pourront pas prétendre à une place dans la concession, leur prétention serait ridicule (2), mais lui, à sa mort, n'aura pas perdu le droit à une place, si du moins une place reste libre encore (3).

Bien entendu au cas de divorce le droit du conjoint disparaîtrait : rien ne subsiste plus du lien qui unissait les époux. Un doute pourrait s'élever pour le cas du conjoint séparé de corps ; le lien du mariage n'est pas rompu, il n'est que relâché : la réconciliation aurait pu survenir peut-être si la mort n'était pas survenue. Ces considérations doivent nous enga-

1. Bordeaux 9.2.87. S. 88.2.131. — 20.11.99. S. 00.2.139 ; Poitiers 27.11.1905. S. 08.2.134. ; Bourges, 22.3.19. S. 11.2.112 ; Cass., 18.6.08 S. 01.1.336.

2. Bordeaux 9.2.87. S. 88.2.131, 20.11.99. S. 00.2.139.

3. Bordeaux précités. Le conjoint n'étant pas un légataire, n'a pas de droit à ce qu'on lui garde une place : M. Pelat qui reconnaît que le conjoint n'a pas droit à une place considère cependant le conjoint comme légataire ; c'est contradictoire. V. Pelat, *op. cit.*, 160 s.

ger à penser que le conjoint séparé possède un droit à la concession et au tombeau (1).

III. — Le caractère particulier du droit a fait encore décider que les héritiers qui renoncent à la succession aux biens ne sont pas considérés comme renonçant à la concession : à l'inverse, l'inhumation d'un héritier dans une concession ne serait pas considérée comme emportant l'acceptation de la concession (2).

* * *

En terminant l'étude des caractères privés, revenons à ce principe que les communes ne peuvent contredire l'application des règles de droit privé : ces règles étant d'ordre public, on ne les modifie pas, on les applique.

L'on a vu, cependant, que la jurisprudence autorise des interventions administratives dans la sphère du

1. Dans ce sens Mestre : S. 1918.19.114. La jurisprudence n'a pas tranché la question.

2. T. Seine 24.12.1856. D. 58.353, *contra* : T. Vienne, 21.6.95. D. 96.2.271.

* * *

Quel est le droit de l'adopté en concours avec le conjoint ? Napoléon aurait voulu qu'on ne fit aucune différence entre l'enfant adoptif et l'enfant véritable (Fenet X 288). On sait que cette opinion n'a pas prévalu.

Nous estimons cependant que l'on doit mettre l'adopté sur le même rang que le conjoint en ce qui concerne les concessions. Le lien qui unit l'adopté à l'adoptant ayant une ressemblance avec le lien qui unit deux époux : l'adoption résulte d'un choix comme le mariage.

droit privé : nous avons indiqué ces interventions, au cours de ce chapitre : nous savons que l'acte de concession peut contredire des usages reçus permettant l'échange ou l'aliénation à titre onéreux des concessions (1). Nous savons aussi que la commune peut disposer que la concession évitera la copropriété indivise : et passera à un concessionnaire unique (2).

Serait-ce que le principe posé serait faux, de l'incompétence des autorités administratives contractantes ou commandantes, à l'égard du droit privé ? Non, ne le croyez pas, pas le moins du monde. La jurisprudence, si cohérente soit-elle, ne peut pas éviter les arrêts dissidents, comme est celui de la Cour de Dijon, ces arrêts dissidents ne doivent pas nous ébranler.

Quant à la Cour de Lyon, si elle a admis que l'acte de concession prévalait sur des usages, lesquels prévalaient déjà sur les règles ordinaires, ce n'est pas qu'elle considère que l'acte de concession doit prévaloir sur les règles ordinaires. Tout au contraire, elle a donné la primauté à l'acte de concession parce qu'il redressait les usages et ramenait à l'observation des règles privées d'ordre public. Cet arrêt de la Cour de Lyon prouve donc en faveur de l'idée que nous avons dégagée de la jurisprudence.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 7.2.1913, commune de

1. Lyon 17.8.80. S. 82.2.78.

2. Dijon 5.12.85. *G. P.*, 86, *sup.*, 86.

Mure (1) d'ailleurs, la confirme en termes formels qui n'ont pas besoin de commentaire : « Considérant qu'en décidant... que tout concessionnaire ne pourrait faire inhumer dans le terrain par lui acquis que » son conjoint, leurs ascendants à tous deux et leurs petits enfants « le Conseil municipal a fait des mots *parents* et *successeurs* de l'article 10 du Droit, 23 prairial an XII une application restrictive, de nature à porter atteinte aux droits des concessionnaires ; qu'ainsi la délibération était nulle de droit... » Ainsi les principes relatifs aux droits des collatéraux eux-mêmes sont d'ordre public pour l'autorité municipale. C'est donc que celle-ci n'est pas omnipotente.

Si la commune n'a pas compétence pour entraver le jeu des caractères d'ordre privé, elle a qualité au contraire pour les faire respecter.

Elle est intéressée à ce que le but de la concession soit poursuivi comme il convient : si quelque chose de contraire à la fin vient à se produire, comme cela se passe chez elle, sur le domaine qu'elle détient, et que d'autre part le concessionnaire souvent se sera engagé par un contrat à ne pas violer la loi du but, la commune aura le droit d'intervenir sinon par la voie de police du moins par la voie de juridiction.

Les actions nées du contrat seront à sa disposition : les actions pétitoires et les actions possessoires ne

1. S. 13.3.41, note de M. Hauriou.

lui seront pas refusées ; et si par exemple un particulier vendait sa concession à un autre particulier, la commune pourrait exercer contre l'acquéreur l'action en revendication de la concession (1).

Ainsi la personne morale de qui émane la situation du concessionnaire peut la préserver de toute défaillance dans la sphère de la vie privée.

* * *

Nous sommes donc conduits à dire, pour résumer tout ce premier chapitre, que le droit administratif en traçant le contenu du droit d'usage du concessionnaire et en le sanctionnant par des sanctions nombreuses, le droit civil en traçant les limites du droit de disposition, et en les sanctionnant par des sanctions variées, viennent conjuguer et combiner leurs puissances afin que le but juridique, dont nous ne cessons point de parler, un idéal de pureté et de respect dans le culte des morts, soit atteint dans la cité.

1. M. Hauriou pense qu'il serait nécessaire, si l'on veut que la commune ait le droit d'exercer cette action en revendication, de reconnaître au droit du concessionnaire le caractère de droit réel administratif. S. 1913.3.90. Pour nous, nous croyons que le but et les intérêts suffisent à donner ce droit à la commune.

CHAPITRE II

NATURE DES DROITS RELATIFS AUX CONCESSIONS

Il ne suffit pas au juriste d'avoir analysé le réel, d'avoir énuméré les courants différents qui composent la nature des choses, d'avoir démêlé leurs ondes, de les avoir rapprochées de leur source, — il faut qu'il provoque avec ces éléments et qu'il crée un tout. Ihening dit un « corps de droit ». Il songe à l'œuvre du chimiste. Je préférerais dire « une gerbe d'idées juridiques », je préfère songer à l'œuvre du paysan qui moissonne. Ou encore, j'aimerais dire que le juriste décrit des « visages d'idées », aimant comparer son travail à celui du peintre. Le juriste, comme le philosophe, n'est-il un peintre d'abstractions ? Quoi qu'il en soit, et sans que nous ayons à nous attarder à des similitudes, notre devoir n'est pas douteux ; nous devons construire une synthèse avec les éléments de la réalité.

C'est le but de la définition. La définition rattache les faits à une espèce et à un genre. Elle fait entrer les choses qu'on découvre dans le plan des choses qu'on connaît déjà. Par là elle trace les dimensions et

le volume des idées. Par là, elle permet de mesurer leur valeur, car une idée vaut, un peu, par comparaison avec les autres idées, ainsi qu'un homme vaut, un peu, par comparaison avec les autres hommes.

Mais laissons ceci et bornons nos regards à la nature des droits relatifs à la concession. Que sont ces droits, sont-ils des droits du patrimoine ou non, sont-ils des droits réels, des droits de créance ? A quelle place les ranger parmi les autres droits que confère l'administration sur le domaine qu'elle détient ? Ces questions-là nous ne pouvons les négliger.

Il n'est pas possible de les résoudre en elles-mêmes, par elles-mêmes, avant d'avoir fixé la nature du droit de la commune sur le cimetière : la nature du droit du concessionnaire est forcément sous la dépendance de la nature du droit du concédant.

Ce n'est pas que cette dépendance soit tyrannique, ce n'est pas, remarquons-le, que le titulaire d'un droit réel ne puisse conférer un droit de créance ou qu'à l'inverse le titulaire d'un droit de créance ne puisse conférer un droit réel. Les faits nous démontrent le contraire. Le fermier vend sa récolte. L'usufruitier loue son champ. — La vie juridique est un chassé-croisé infatigable de droits réels et de droits de créance, une métamorphose qui ne cesse pas de droits réels en droits de créance et vice versa. — C'est pourquoi, lorsque nous connaissons la nature du droit de la commune, si c'est un droit réel nous ne pourrons

pas conclure que les droits relatifs à la concession sont des droits réels et si nous nous trouvons en face d'un droit non réel nous ne pourrons pas conclure que ces droits sont des droits de créance.

Le problème de la nature réelle ou non réelle du droit des particuliers doit être ainsi envisagé, *d'une certaine manière*, en arrêtant nos yeux sur les droits eux-mêmes, sans nous préoccuper de leur origine.

Nous en étonnerons-nous, nous qui savons déjà que les caractères privés des droits sont indépendants en une certaine mesure des caractères administratifs de ces mêmes droits ? Le But d'une chose est plus important que la cause productrice, parce que le but dirige en même temps, parfois à leur insu, les causes comme les effets. Nous ne faisons pas ici de la métaphysique. Ces idées se dégagent de l'étude précise des faits que nous avons exposés dans le précédent chapitre. Du reste, des idées qui paraissent abstraites et métaphysiques sont infiniment simples si l'on prend la peine de se tenir proche de la vie, et la vie elle aussi est infiniment simple si l'on veut bien ne pas oublier les idées abstraites, ce qui amène à douter que la métaphysique soit distincte de la science de la vie.

L'homme et tout dans l'homme est lié à son but. La nature n'est que le siège du but et telle est la suprématie du but que le but, s'il est puissant et serein, « libère » l'homme et libère sa nature, et voilà pourquoi Dieu, But ineffable, libère l'homme en

quelque sorte des autres hommes et de sa propre nature. C'est de la même manière que le but des droits libère en quelque sorte les droits les uns vis-à-vis des autres. Car tout se tient et les analogies de l'œuvre de Dieu sont plus nombreuses que les harmoniques qui naissent à l'infini de la note que fait entendre un instrument.

Mais ne nous précipitons pas d'un extrême dans l'autre. Si le but libère « en quelque sorte » de la cause l'effet, il ne le libère pas « entièrement ». La force qui est celle de l'effet se dirigeant vers son but, ne serait pas elle-même, ne serait pas une force, si la cause n'était pas puissante.

Voilà pourquoi Dieu ne nous libère jamais entièrement de notre nature, produit de toutes nos causes, de nos hérédités, des influences quotidiennes.

Voilà pourquoi un droit est toujours sous la dépendance du droit qui lui a donné naissance : — L'étendue d'un droit réel créé par un droit de créance ou par un autre droit réel dépendra de la nature du droit de créance ou du droit réel créateurs : c'est ainsi qu'un fermier ne peut vendre l'immeuble qu'il occupe, c'est ainsi qu'un usufruitier ne peut pas aliéner la propriété de son usufruit.

Demandons-nous donc, afin de commencer à savoir ce qu'est le droit relatif à la concession, quel est, sur le cimetière, le droit de la commune.

SECTION 1

Nature des droits de la commune concédante sur le cimetière

Le problème de la nature du droit de la commune sur les cimetières se partage en deux questions :

1^o Le cimetière est-il dans le domaine public ou dans le domaine privé ?

2^o S'il est dans le domaine public, la commune a-t-elle sur lui un droit de propriété ou bien un autre droit ? Nous estimons que le cimetière est dans le domaine public et que la commune a sur lui un droit de propriété.

I. — LE CIMETIÈRE EST UNE DÉPENDANCE DU DOMAINE PUBLIC DE LA COMMUNE

On sait que le signe par lequel la domanialité publique inaliénable et imprescriptible se distingue de la domanialité privée aliénable et prescriptible est encore aujourd'hui sujet à controverse.

Deux théories s'affrontent, dont l'une, restrictive, soutient que le domaine public ne comprend que les « portions du territoire » non bâties affectées à l'usage de tous et insusceptibles de propriété privée par leur nature (1), dont l'autre (2), extensive, estime que l'affec-

1. V. Berthélemy, *op. cit.*, 423 s. et les références.

2. Hauriou, *op. cit.*, 635 s. et les références.

tation d'un « bien meuble ou immeuble » au service public ou à l'usage public, suffit à classer le bien parmi les dépendances du domaine public.

La première théorie, comme on le voit, exclut du domaine les propriétés bâties et les propriétés mobilières que la seconde y fait rentrer.

C'est à la théorie extensive que nous nous rallions. Elle ne paraît pas, à l'heure actuelle, complètement admise par la jurisprudence, mais nul doute qu'elle ne séduise peu à peu les tribunaux. Elle tient le mieux compte, en effet, de l'importante idée de service public, qui, sans être la seule des idées directrices du droit administratif, puisque l'usage public et la puissance publique sont des notions dont on ne peut pas se passer (1), sans être surtout le critérium de la compétence naturelle des juges administratifs, puisque l'acte administratif quand on le dépeint par opposition au fait détachable de la fonction administrative est un critérium plus clair et plus précis (2), possède néanmoins une influence considérable et qu'on s'étonnerait de ne pas voir s'accroître.

Telles sont les positions : Il était nécessaire d'en indiquer les traits, mais il serait inutile de s'engager plus avant dans une analyse approfondie de ce débat, car même si l'on applique rigoureusement le critérium restrictif, les cimetières doivent être tenus pour

1. Hauriou, note S. 1921.3.49. C. E. Com. de Montségur.

2. V. *supra*, chap. I, sect. II, n. 1.

domaine public : Ce sont, en effet, des terrains non bâtis, affectés à un usage public, insusceptibles de propriété :

1° Les cimetières sont des terrains non bâtis, les tombeaux et monuments sont bien des constructions mais ce ne sont pas des bâtiments au sens propre du mot. D'ailleurs il s'en faut bien que les monuments occupent toute l'étendue du cimetière : à cause de cela, Merlin a pu dire du cimetière « c'est le nom qu'on donne aux terrains *découverts* qui sont consacrés pour enterrer les morts » ;

2° Les cimetières ne sont pas seulement affectés à un service public, ils sont livrés directement à l'usage du public puisque nous le savons l'octroi de concessions à certaines personnes ne saurait être éludé par les communes ;

3° Les cimetières sont, par suite de leur affectation, insusceptibles de propriété privée. Ils sont inaliénables et le demeurent encore après leur désaffectation (art. 8 et 9, décret du 23 prairial an XII). Ils sont imprescriptibles parce qu'on ne peut pas prescrire un terrain affecté à l'usage public (1).

1. Bernard Cazalens dans une note d'ailleurs très importante du Dalloz 1877.2. 161 à 167, et qui penche pour la domanialité publique des cimetières, se laisse emporter par un zèle excessif lorsqu'il avance que « l'imprescriptibilité résulte, pour le plus grand nombre des cimetières, des dispositions de la loi qui ordonne qu'ils seront clos de murs (décret de prairial an XII, art. 3) qui prescrivent la translation à la distance de 35 à 40 mètres de l'enceinte des villes et bourgs (même décret, art. 2), et qui défendent d'élever aucune habitation à

Ainsi, en vertu des principes généraux de la domanialité les cimetières sont portion du domaine public.

Cependant, des auteurs, tranchant la question *in specie*, ont voulu soutenir l'opinion contraire. Ils ont enseigné que quoi qu'il en fût de la consistance du domaine en général les cimetières rentraient, pour des raisons particulières, dans les dépendances du domaine privé. M. Ducroq dont les études sur la question des sépultures sont nombreuses et remarquables, prétend que la domanialité privée des cimetières résulte de trois faits :

- 1^o La commune perçoit les produits du cimetière ;
- 2^o Elle concède des droits privatifs sur ce domaine,
- dont : 3^o quelques-uns sont perpétuels.

Ces arguments sont intéressants mais ils ne sont pas démonstratifs. On peut répondre au premier qu'il est de la nature du domaine public de procurer certains fruits et des bénéfices à l'administration, témoin : les redevances à titre d'occupation de la Voirie qui sont une recette normale des administrations. Au second argument on peut répondre qu'il est encore de la nature du domaine public d'être occupé privativement lorsque l'occupation privative va dans le sens de l'affectation du domaine public, ou ne contrarie pas cette destination et constitue, au contraire, une uti-

moins de 100 mètres des nouveaux cimetières ». Evidemment, tous ces traits réunis ne peuvent démontrer que les cimetières soient imprescriptibles car un bien n'est pas imprescriptible par cela seul qu'il est clos et éloigné des habitations.

lisation intensive de toutes les possibilités et richesses du domaine public qui multiplient la valeur de ce domaine. L'existence des droits perpétuels enfin n'est pas non plus incompatible avec la domanialité publique puisque cette perpétuité, nous le savons, ne s'oppose jamais à l'utilisation rationnelle du domaine et que le droit peut se métamorphoser incontinent sur un simple signe du prince, quand l'utilité publique l'exige.

Tenons donc pour acquis que le cimetière rentre dans le domaine public.

La jurisprudence est toute, me semble-t-il, dans ce sens. On a, il est vrai, affirmé le contraire.

M. Romieu nous dit : « Aujourd'hui, la jurisprudence semble admettre que le cimetière fait partie du domaine privé de la commune, mais avec affectation à un service public » (1). M. Hauriou dit qu'aujourd'hui les cimetières rentrent dans le domaine public mais qu'il fut un temps où les cimetières étaient du domaine privé (2).

Les annales de la Jurisprudence n'ont pas, à notre connaissance, mémoire de ce temps dont parle M. Hauriou et à l'heure actuelle, sous réserve d'une évolution (peut-être prochaine de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le sens indiqué par M. Romieu), la jurisprudence se révèle unanime à traiter les cimetières comme une portion du domaine public. Voici

1. Conclusions sur C. E., 9 avril 1907, L. 347.

2. Note S. 1913, III, 89.

une série d'arrêts qu'on pourra consulter : Cass. Civ., 10 janvier 1844. Sirey, 45.1.120, Trib. Civ., Coutances, 9 déc. 1846. Dalloz, 1847. 3. 206, Poitiers, 17 fév. 1864. Dalloz. 64.2.58. Consultation Dueroq. Tribunal de Lyon, 24 fév. 1866. Dalloz, 1867.3.45 ; Toulouse, 22 fév. 1874 sous Cass., 26 mai 1875. Dalloz, 75.1.474 ; Lyon, 4 fév. 1875. Dalloz, 77.0.161, Sirey, 77.2.35 ; « Attendu que dans notre législation les cimetières sont une propriété publique consacrée exclusivement aux sépultures ». Lyon, 17 août 1880. Dalloz. 81.2.16 ; Lyon, 7 juill. 1883. Dalloz, 1885.5. 34 ; Douai, 20 nov. 1899. Dalloz, 1901.2.16 ; Toulouse, 26 nov. 1908. Sirey, 11.2.209.

II. — LA COMMUNE A SUR SON CIMETIÈRE UN DROIT DE PROPRIÉTÉ

Relativement à la nature du droit des personnes morales sur le domaine public, deux théories adverses ici comme à propos de la consistance du domaine public (1), se trouvent en présence et divisent les auteurs.

Les uns (2) enseignent que sur le domaine public les administrations n'ont qu'un droit de surintendance et de police, le domaine étant une *res communis*, laissé à l'usage de tous. Le droit de surintendance est tout

1. V. sur le lien qui se trouve entre la théorie restrictive de la domanialité publique et la théorie du droit de propriété de la commune, Berthélemy, *op. cit.* Hauriou, *op. cit.*

2. Berthélemy, *op. cit.*, 428. — Moreau, *Manuel de Droit adm.*, 567 s. — Duguit, *op. cit.*, III, 322.

différent du droit de propriété : le domaine public qui est insusceptible de propriété au profit aux particuliers, est encore insusceptible de propriété au profit des personnes morales. La situation des administrations est une situation comparable à un *jus ad rem* non pas du tout à un *jus in re*.

D'autres (1), dont nous sommes, pensent au contraire que c'est un véritable droit de propriété que possèdent les personnes morales. Sans doute ce droit de propriété n'est pas sur toutes les dépendances du domaine un droit de propriété plein et semblable au droit de propriété du particulier sur son domaine ou de la personne morale sur son domaine privé. La propriété de certaines dépendances du domaine (non pas de toutes) est grevée d'une affectation spéciale à l'usage direct du public. Le public, c'est-à-dire l'ensemble des nationaux et des étrangers admis sur le territoire jouit d'un droit naturel d'usage collectif sur ces portions du domaine public.

Mais cet usage collectif, non plus que les usages privatifs consentis parfois, ne mettent obstacle à la présence d'un droit véritable de propriété sur le domaine public. Il n'est pas besoin de parler de propriété *sui generis*, il est surtout tout à fait inutile d'évoquer avec M. Hauriou l'idée médiocrement limpide d'une propriété fiduciaire de l'administration.

1. Hauriou, *op. cit.*, 626, et les auteurs cités. — Rigaud, *les Droits réels administratifs*. Thèse Toulouse, 1914.

Il suffit de remarquer que l'administration peut tirer de son domaine, même dans le cas spécial d'affectation à l'usage public, à peu près tous les usages qu'en tire un particulier, puisqu'elle perçoit les fruits naturels du domaine, les fruits civils (redevances d'occupations temporaires) — voilà le *fructus*, — qu'elle peut se servir elle-même de son domaine à volonté, — voilà l'*usus*, — et qu'elle peut en disposer sous la simple formalité d'une désaffectation — voilà l'*abusus*. — *usus, fructus, abusus*, voilà la propriété.

L'inaliénabilité du domaine ne vient pas du tout contredire notre opinion, car elle est relative au côté externe et défensif du droit et non pas à son côté interne et positif. La seule différence interne du droit de propriété de l'administration avec le droit plein de propriété de particulier c'est l'affectation à l'usage ou au service public : on peut d'ailleurs remarquer que la situation de l'administration sur son domaine est meilleure que celle du nu propriétaire sur le bien grevé d'usufruit ou d'usage, car, l'usufruitier et l'usager possèdent, à titre exclusif, l'*usus fructus* ou bien l'*usus*, ce qui n'est pas le cas pour le public, vis-à-vis du domaine public puisque l'administration participe à l'*usus*. Or, jamais on n'a prétendu que le nu propriétaire n'a pas la propriété. Peut-on dès lors le prétendre pour l'administration ? Nous concluons donc que l'administration a sur son domaine public une propriété ordinaire grevée d'une affectation.

Par une conséquence naturelle, le cimetière doit être considéré comme étant l'objet d'un droit de propriété de la commune : le double fait que l'affectation est ici exclusive et que la désaffectation relève du préfet, ne nous doit pas déconcerter, car un mineur dont l'immeuble serait grevé d'un droit d'usage, devrait être considéré comme gardant, néanmoins, la propriété de son bien. Et il y a loin de la commune à un mineur, il y a de l'intervalle entre le cimetière affecté et le bien grevé au profit d'un tiers d'un usage exclusif. La commune d'une part n'est pas un mineur puisqu'elle a l'administration de son domaine. D'autre part, s'il est vrai que la commune soit privée de la liberté d'usage, l'usage exclusif des concessionnaires est réglementé, dans ses modalités, très librement par elle, ainsi que nous l'avons vu. Voilà pourquoi la commune est considérée par nous comme ayant sur son cimetière un droit de propriété pareil dans sa nature mais distinct par l'affectation et par l'inaliénabilité du droit qu'elle a sur son domaine privé.

La jurisprudence est dans notre sens, tant du point de vue de la nature du droit de l'administration sur son domaine public qu'au point de vue plus particulier du droit sur le cimetière, car elle reconnaît à l'administration, non seulement les actions possessoires, mais l'action en revendication. V. en matière de cimetières les arrêts relatifs à la domanialité du

cimetière précités. Notamment Douai 20. 11. 1899. D.01.2.16 (1).

Connaissant maintenant la nature du droit du concédant, nous sommes tout préparés à aborder la question de la nature des droits concédés.

SECTION II

Nature des droits des particuliers sur la concession

Les droits qu'un propriétaire peut concéder en ce qui touche la chose qui lui appartient sont droits réels ou droits de créance, il n'y a pas de milieu et de troisième solution possible (2).

Le droit à la concession, le droit sur la concession, pour ne pas parler du droit au tombeau que nous laissons provisoirement de côté (on verra pourquoi) sont-ils droits réels ou bien droits de créance ?

* * *

Il n'est pas douteux, quel que soit le parti qu'on

1. V. à propos du domaine en général. Hauriou, *loc. cit.*

2. Il arrive qu'un propriétaire institue des administrateurs de sa chose. Ces administrateurs qui exercent les droits du propriétaire sont dans une situation formée de divers droits de créance. C'est pourquoi nous avons dit que les partisans du droit de surintendance des administrations sur le domaine public regardaient le droit de l'administration comme un droit de créancier. C'est dans la logique de leur conception, sinon dans ses termes.

prenne dans cette alternative, que les droits que nous envisageons ne sauraient être assimilés trait pour trait comme le droit des personnes morales sur leur domaine aux droits réels, ou aux droits de créance du droit civil. Cela tient à l'affectation du domaine public.

I. — Sur le domaine public, en effet, rien ne peut exister de ce qui pourrait gêner l'affectation. Tous les droits doivent se conformer à la destination. L'administration dépasserait ses pouvoirs si, tant que dure l'affectation, elle en concédait aucun qui n'y fut pas conforme, et le particulier s'il exerçait ses droits contrairement à la loi du domaine, se rendrait coupable d'illégalité. Tous ces droits sont donc plus restreints dans leur contenu, plus étroits, plus minces que les droits consentis sur les domaines privés. Ils sont en même temps précaires dans leur durée, étant obligés de disparaître lorsque les nécessités de l'affectation l'exigent.

Pour traduire ce caractère particulier, on a appelé les droits sur le domaine « droits réels administratifs » ou « droits de créance administratifs » 1). Cette

1. V. pour les droits réels administratifs, Hauriou, *op. cit.*, 688. — Rigaud, *op. cit.* Note S. 1908. 3. 65. — Mestre, note S. 1911. 2. 209, et pour les droits de créance administratifs : Mestre, S. 1921. 1. 209.

Je me sépare de ces auteurs en ce que pour eux les droits réels et les droits de créance administratifs sont des droits « de nature » administrative. Non, la nature reste la même qu'en droit privé. La nature des droits est toujours la même, qu'il s'agisse de droits privés, de droits administratifs, ou de

appellation est légitime, car elle souligne avec clarté que les droits consentis par l'administration sur son domaine public sont limités, tout en étant de la même nature, au fond, que ceux du droit privé.

Il en est qui combattent cette appellation, mais ils ne remarquent pas que, s'ils étaient logiques, ils devraient également repousser l'expression « d'acte administratif », « d'opération administrative » et généralement toutes les manières de dire où l'on recourt à l'expression « administrative », à côté de substantifs de droit commun, pour signaler les différences d'attribut des situations administratives, par rapport aux situations de droit commun.

Quant à nous, nous tenons fermement qu'il est aussi rationnel de parler de droits réels administratifs par allusion aux droits réels ordinaires lorsqu'on étudie le droit administratif que de parler de droits réels prétoriens par allusion aux droits réels quirittaires quand on étudie le droit romain.

La distinction des droits réels et des droits de créance en effet a pour but essentiel de rappeler que, parmi les droits, il en est quelques-uns — les droits réels — qui sont *indépendants*, une fois établis, de l'acte juridique subjectif qui les a établis, et d'autres, — les droits de créance — qui sont, au contraire,

droits internationaux. Ce sont les limites qui varient. Nous espérons pouvoir insister sur ce point dans des « Etudes sur la voie de fait ».

dépendants, dans leur exercice, de l'acte subjectif qui les a créés. Cette différence se révèle pratiquement en ceci que les premiers ouvrent un droit aux actions possessoires, pétitoires, qui procurent la restitution ou la maintienne en même temps qu'aux actions en responsabilité et, le cas échéant, s'ils sont institués par contrat subjectif, aux actions en garantie contre le contractant, tandis que les seconds ouvrent seulement le droit aux actions en responsabilité contre les tiers perturbateurs ou aux actions en garantie contre le concédant, à l'intervention de qui le créancier doit recourir nécessairement s'il veut obtenir la restitution de la chose qui fait l'objet de son droit de créance (1).

Comment donc appellera-t-on, en droit administratif, ces situations indépendantes pourvues de ces actions puissantes que sont les actions possessoires ou les actions en revendication, quand on voudra les distinguer des situations dépendantes, qui ne bénéficient pas de ces actions puissantes, qui ne peuvent être défendues que par cette action « suppléante » qu'est l'action en responsabilité, ou par l'action en garantie qui force le sujet possesseur de la situation à faire appel au sujet créateur de la situation, comment les appeler si l'on ne recourt

1. Le droit réel est un droit « majeur ». Le droit de créance est un droit « mineur ». Celui-ci est en tutelle. Celui-là est émancipé.

pas à ces expressions très claires, consacrées et profondes, droit réel, droit de créance ?

Les situations établies sur le domaine public sont donc des droits réels ou des droits de créance. Et, parce qu'ils sont pourvus de limites, à raison des utilités ou des nécessités administratives, ce sont des droits réels ou des droits de créance administratifs.

Or, les droits relatifs aux concessions sont des droits établis sur le domaine public. Ce sont donc des droits réels ou des droits de créance administratifs.

II. — Au surplus, l'observation vient confirmer le raisonnement. Comparons les droits relatifs aux concessions, aux droits de l'ordre privé. Nous allons voir un défaut absolu de correspondance.

I. — Le droit à la concession, d'abord, qui n'est pas un droit réel — car il ne présente aucune apparence de *jus in re*, de droit portant directement sur une chose et pouvant être exercé et défendu entièrement et directement par les actions appartenant à son titulaire — ne pourrait être qu'un *jus ad rem incertam*, mais à côté de quel *jus ad rem incertam* du droit civil le placer ? Nous ne voyons guère que la vocation successorale de l'héritier réservataire qui puisse être comparée, ou le droit des parents et des alliés aux aliments ? Evidemment le rapprochement ne porte pas.

II. — Le droit sur la concession, à le regarder de loin, paraîtrait devoir se laisser ramener aisément aux formes classiques du droit civil. Mais regardons-y de plus près. Aucun des habillements juridiques que possède le droit privé ne s'ajuste convenablement.

Comme considération générale, on peut faire valoir que les droits d'ordre privé sont stables, fermes : *in eadem re* ou *ad eandem rem* : s'ils sont soumis à des « termes » ou à des « conditions », ils ne sont pas exposés à des conditions qui changent l'objet du droit. Les droits sur la concession, au contraire, sont subordonnés à la condition que l'affectation se maintiendra : ils sont sous le coup d'une condition qui n'est pas, il est vrai, résolutoire, mais qui est « novatoire ».

Si nous passons maintenant en revue chaque droit relatif à la concession pour lui trouver des similitudes dans le droit privé, c'est un procès-verbal constant d'insuffisance que nous faisons.

a) Le droit sur la concession à titre gratuit ne peut pas être comparé au droit réel. Ce serait un événement extraordinaire si les actions possessoires ou les actions pétitoires étaient reconnues aux héritiers du défunt, titulaire des droits, à l'encontre de la personne morale ou à l'encontre du particulier. C'est donc un droit de créance : mais ce droit de créance qui permet, en même temps, d'effectuer quelques

actes positifs sur la concession et d'exiger le respect du défunt, n'a pas son semblable en droit commun.

b) Les « restes » du droit sur la concession temporaire ne sont pas non plus des droits réels, pour les mêmes raisons ; car ils ressemblent, nous le savons, au droit sur la concession à titre gratuit, ce sont des droits de créance, mais combien éloignés de ceux du droit civil.

c) Le droit plein sur la concession, lui-même, nous oblige aux mêmes constatations : Ce droit est évidemment un droit réel : on a prétendu le contraire, mais sans apparences de raison (1). Le droit sur la concession est, en effet, indépendant, quant à son exercice et quant à sa protection, du concédant qui semble s'effacer. Il a, pour le soutenir, des actions possessoires et l'action en revendication. Aucun des droits réels du droit civil pourtant ne coïncide exactement avec ce droit réel.

1° Prenons les concessions temporaires : elles ne peuvent être comparées qu'aux droits réels temporaires, c'est-à-dire à l'usufruit, à l'usage, à l'habitation.

Passons vite sur le droit d'habitation : on ne peut ici évoquer longtemps le droit d'habitation : il correspond peut-être au droit d'être inhumé dans une concession, il n'explique pas du tout les autres attri-

1. *Infra.*

but de la concession : droit d'inhumer autrui, droit de construire des tombeaux. Le droit d'habitation, en effet, est personnel et ne comporte pas le droit de construire des habitations nouvelles.

Le droit d'usufruit ne saurait porter, non plus, le poids de la comparaison. Remarquons d'abord que c'est surtout l'*usus* qui est important dans la concession : le *fructus* est insignifiant : premier point d'achoppement. Remarquons ensuite que le droit de disposition entre vifs de l'usufruit est très large et que le droit de disposition entre vifs de la concession est assez restreint, l'usufruit peut être cédé, non pas le droit du concessionnaire, le premier est susceptible d'hypothèque, le second ne l'est pas. La transmissibilité *ab intestat* obéit ici et là à des règles différentes. L'usufruit est intransmissible par décès, la concession temporaire ne l'est pas.

Arrêtons donc la comparaison.

Le droit d'usage s'y prête davantage : il comporte un petit *fructus* comme les concessions ; et l'*usus*, comme le nom de ce droit l'indique, est prépondérant. C'est tout à fait ce qui a lieu dans les concessions.

Pourtant des différences empêchent l'identification : l'usage est incessible, il est strictement personnel, et ce n'est pas le cas, nous le savons, pour le droit du concessionnaire.

Ainsi aucun des droits réels du droit civil ne ressemble aux concessions temporaires.

2° La concession perpétuelle trouvera-t-elle donc de meilleures analogies en droit civil ? Puisque c'est un droit perpétuel, on ne peut chercher à la rapprocher d'un autre droit que le droit de propriété ou le droit de servitude :

Or le droit de servitude est un droit établi au profit d'un fond. Ici, point de fond dominant. Point de servitude réelle par conséquent. On ne peut dire que nous sommes en présence d'une servitude personnelle, car la servitude personnelle se confond, comme on sait, avec l'usufruit, l'habitation et l'usage (1), est viagère et non perpétuelle.

Nous sommes réduits à mettre la concession perpétuelle en parallèle avec la propriété :

Au premier abord, ressemblances frappantes : *usus*, *fructus*, *abusus* de chaque côté ; action en revendications de chaque côté.

Mais nous apercevons bientôt que la symétrie n'existe pas.

L'obstacle à la symétrie ce n'est pas que le concessionnaire n'a qu'un droit d'usage limité et un droit insignifiant de cueillir les fruits, tandis que le droit de propriété n'existerait que si l'usage et la jouissance étaient entiers. Le droit de propriété

1. Capitant et Colin, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1^{re} éd., 786.

existe, encore que l'*usus* et le *fructus* disparaissent : c'est ainsi que, bien que son *usus* sur le domaine public soit limité, l'administration a sur ce domaine un droit de propriété; c'est ainsi que le nu-propriétaire est encore un propriétaire. L'obstacle ne vient donc pas de l'absence d'*usus* ou d'*abusus*.

L'obstacle résulte de deux causes : 1^o le propriétaire a le droit de disposer à titre onéreux; cela c'est l'essence de son pouvoir; or, le concessionnaire n'a pas ce droit, il ne peut disposer qu'à titre gratuit. 2^o La propriété est perpétuelle *in eodem loco* : elle ne quitte pas la chose sur laquelle elle s'est une fois posée. Or la concession est transportable à la volonté du préfet, et le concessionnaire ne peut s'opposer à la translation.

Ainsi faisons notre bilan, il est impossible de trouver à la concession, parmi les droits civils actuels, une image ressemblante.

Ne serions-nous pas plus heureux, par aventure, si nous cherchions dans l'ancien droit ? Quand le droit récent ne nous donne pas satisfaction, il est profitable parfois de recourir au droit passé : des formes mortes peuvent nous suggérer des formes capables de s'accommoder à nos besoins du moment.

Ce ne sera pas le cas relativement aux concessions dans les cimetières. Aucun des droits réels qu'ait connus le monde féodal ne peut fournir de moule adapté.

A première vue ce semblerait une idée acceptable, séduisante, de voir dans le concessionnaire à titre

onéreux un « tenancier » de la commune, et, dans la concession, une forme de la « tenure » (1). L'on est tout d'abord saisi par une analogie que paraît présenter la concession perpétuelle et les locations perpétuelles dont le rôle fut si considérable dans l'ancien droit et dont quelques survivances se manifestent encore. Le sentiment d'indépendance qu'apportait sur sa terre le bailleur à perpétuité, ne manque pas de ressemblance avec le sentiment du concessionnaire sur son tombeau ; le tenancier au surplus, ne payait-il pas une redevance comme aujourd'hui le concessionnaire, la commune n'a-t-elle pas une sorte de domaine éminent sur la concession, comme le seigneur avait un droit éminent sur la censive ?

Mais lorsqu'on regarde d'un peu près on constate aussitôt qu'aucune des formes anciennes de tenure ne répond exactement à la concession perpétuelle. On ne peut pas nier que le domaine de la commune ne soit un domaine éminent par rapport au droit du concessionnaire qui est en effet un domaine utile. Qu'il suffise pourtant de remarquer que la tenure, est un mode d'exploitation agricole du sol, que son but est un but économique, et qu'enfin le tenancier était débiteur d'un cens périodique de valeur minime tandis que les caractères de la concession sont tout autres : la

1. Sur les tenures. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, 1879. — Chénon, *Des Démembrements de la propriété foncière en France avant et pendant la Révolution*, 2^e éd., 1924.

redevance est payée une fois pour toutes ici et elle est d'ordinaire très élevée. Il y a loin de l'exploitation d'un terrain à l'usage d'une concession. Enfin le tenancier n'était pas exposé à subir d'événement comparable à la translation de sa censive, comme le concessionnaire.

* * *

Il est donc bien vrai, expérimentalement, que les droits relatifs à la concession ne sont pas des droits de l'ordre des droits civils.

Ce sont des droits réels ou des droits de créance administratifs.

Quelle est, ainsi la place de ces droits administratifs parmi les autres droits administratifs ?

II. — PLACÉ DES DROITS RELATIFS A LA CONCESSION PARMI LES DROITS ADMINISTRATIFS DES PARTICULIERS

Si les droits relatifs à la concession sont des droits administratifs, quelle place est la leur ? La réponse à cette question varie, selon qu'il s'agit du droit à la concession ou du droit sur la concession : Le droit à la concession est tout à fait semblable au droit des particuliers au fonctionnement des services publics : Le droit sur la concession au contraire est un droit spécial nettement différent des autres droits administratifs.

I. — Le droit à la concession

Il n'est pas douteux que le droit à la concession soit un droit de créance et non un droit réel, ainsi que nous l'avons dit en recherchant les rapports de la situation du concessionnaire avec les situations de droit privé. Or, ce droit de créance est un droit de tous points semblable au droit qu'ont les particuliers, une fois qu'un service public est organisé, de profiter de ce service en se conformant aux conditions du service (1) : c'est le droit du particulier au fonctionnement du service public des concessions de cimetière. Ici les droits relatifs aux concessions ne se distinguent pas des droits administratifs ordinaires. Le droit à la concession de cimetière présente par exemple les mêmes caractères que le droit à l'assistance. La situation est très connue : nous aurons garde d'insister (2) (3).

1. Hauriou, *Précis*, 10^e éd. p. 347, 544 ; Jèze, *Cours de droit public*, 1923 et la *Revue de droit public*, *passim* depuis 1904.

2. M. Hauriou (p. 545) enseigne qu'il y a ici un *statut* réel et non un droit de créance. Pour nous, nous pensons qu'en effet l'ensemble des conditions générales établies par le Conseil municipal au sujet du droit à la concession forme un statut, mais sur ce statut *une fois qu'il est établi*, naît un droit de créance pour celui qui se trouve en position de profiter du service public institué. *Contra* : Duguît, *Droit const.*, II, p. 65.

3. Il ne faudrait pas rapprocher le droit à la concession d'un prétendu droit à la permission de voirie : le particulier n'a pas le droit à la permission de voirie. C. E. Cf. *Est Parisien*, 4.9.1920. 565.

II. — Le droit sur la concession

Le droit sur la concession est différent des autres droits administratifs. La raison en est que, bien que ce ne soit pas le droit civil qui réglemente l'assiette du droit, cependant le droit civil en réglementant les dispositions du droit sur la concession marque ce droit d'une marque qui s'imprime intimement. C'est ce que nous allons voir en envisageant les droits relatifs aux concessions par rapport aux droits administratifs établis sur le domaine public. Et d'abord quels sont les droits des particuliers sur le domaine public ?

A. — *Vue succincte des droits administratifs principaux des particuliers sur le domaine public*

Il existe deux sortes de situations sur le domaine public, le domaine est susceptible de deux sortes d'utilisations au profit des particuliers : les utilisations collectives, les utilisations privatives (1).

L'utilisation collective est celle que les nationaux ou les étrangers admis sur le territoire de l'Etat sont autorisés à faire sur le domaine. Physiquement, l'uti-

1. Remarquez aussi que le domaine est susceptible de ces sortes d'utilisation au profit des personnes morales : l'utilisation collective et l'utilisation privative. L'utilisation collective porte sur les biens livrés à l'usage tous, l'utilisation privative peut porter sur les biens livrés à l'usage de tous ou sur les biens consacrés à un service public déterminé.

lisation collective se traduit par des allées et venues ou par des stationnements éphémères. Juridiquement, l'utilisation collective se caractérise en ce qu'elle n'est pas subordonnée à une autorisation individuelle donnée par l'Administration : point d'acte nominatif à la base de l'utilisation. L'autorisation est donnée une fois pour toutes, collectivement. C'est l'affectation du domaine public à l'usage direct du public qui forme cette autorisation.

L'affectation réalisée, l'usage du domaine public se confond avec l'exercice quotidien de la liberté accordée à tous : il n'y a pas situation subjective, mais situation objective (1). Il s'en suit que d'ordinaire l'utilisation n'est pas soumise à des redevances.

L'utilisation privative est l'occupation qu'un particulier déterminé est autorisé à effectuer sur le domaine public livré à l'usage collectif et sur le domaine livré à un service public.

Physiquement, comme son nom l'indique, l'utilisation comporte une sorte de mainmise particulière sur le domaine public. On peut discerner trois sortes de mainmises. A) La mainmise permanente : a) sur la voie publique : c'est celle que permettent les permis de stationnements, d'une part, les permissions de

1. Sur les caractères comparés des situations objectives et des situations subjectives. Cf. Duguit, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., I, p. 111 et suiv., 252 s., II, 250 s. ; Jèze, *Cours de droit public*, 1922, p. 10 s.

voirie et les concessions de service public, d'autre part, le second groupe se séparant du premier en ce que dans le premier il n'y a pas d'établissement important ou d'établissement modifiant l'assiette du domaine ou des établissements importants (1) ; b) sur le domaine autre que la voie publique : on peut citer l'occupation des églises affectées au culte catholique. B) La mainmise temporaire qui est celle des occupations de places et de marchés qui ne dure qu'un moment chaque jour. C) La mainmise éventuelle à tous moments possible qui est celle des riverains de la voie publique (2).

Juridiquement, l'utilisation est subordonnée à l'autorisation des personnes morales ; cette autorisation

1. M. Hauriou dit que quand il y a modification de l'assiette il y a « entreprise », et que la permission de voirie se distingue physiquement du stationnement en ce que les premières sont des emprises et non les secondes. Nous ne suivons pas cette terminologie. Le Conseil d'Etat au contentieux se garde bien quant à lui de dire qu'il y ait emprise : l'emprise a un sens spécial dans la jurisprudence administrative et un sens unique : elle désigne l'occupation permanente et l'occupation temporaire des propriétés publiques ou privées quand ces occupations relèvent de la compétence des tribunaux administratifs.

C'est ainsi que les autorisations accordées sur les fleuves et rivières aux établissements de bains sont des permissions de voirie. La notion d'établissement important, qui recèle celle d'immobilisation d'une chose importante sur le domaine, peut seule permettre de distinguer ces permissions de voirie des stationnements sur les fleuves et les rivières. La notion d'immobilisation ne serait pas suffisante pour caractériser les permissions de voirie, parce que les kiosques sont des immobili-

2. Mestre, note S. 1911.2.209.

est discrétionnaire (1). Elle intervient soit sous la forme de consentement à un contrat soit sous la forme d'une loi, d'un acte unilatéral de l'administration. C'est la loi qui est à la base de l'occupation des églises : article 5. L. 2 janvier 1907.

L'acte unilatéral de l'administration est à la base de la permission de voirie. Le contrat est à la base des concessions et des occupations de places dans les halles et les marchés.

La situation une fois établie au profit du particulier, celui-ci possède un droit à lui propre : il se trouve dans une situation subjective et voilà pour quoi l'octroi de cette situation s'accompagne d'ordinaire du paiement de redevances. Cette situation est tantôt un droit réel, tantôt un droit de créance. Bien qu'il y ait controverse, en doctrine, nous pensons que seul le droit des occupants dans les places et marchés est un droit de créance (2) et que tous les autres droits sont droits réels (3). A notre avis les titulaires de droit de stationnement, de permission de voirie, de concession doivent avoir à raison du but qu'ils

sations sur la voie publique et cependant les kiosques sont assimilés très justement par le Conseil d'Etat aux stationnements de voitures. Cf. sur ces notions : Mestre, *la Révocation des permissions de voirie* (*Revue des concessions*, 1923, n° 1).

1. C. E., Cie de l'Est Parisien, 4.6.1920, 565.

2. En ce sens Mestre, note S. 21.1.209.

3. V. cependant : Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 10^e éd., p. 440.

poursuivent les actions possessoires pour les protéger contre les entreprises des tiers. — Que les droits soient droits réels ou droits de créance, c'est un trait essentiel de leur régime d'être intransmissibles. Les situations ne sont pas seulement des situations subjectives, ce sont des situations établies *intuitu personæ*. Le titulaire possède un droit personnel attaché à sa personne, inséparable d'elle (1). Toutefois, et ceci est très important, l'administration peut autoriser l'attributaire de l'utilisation privative à céder l'autorisation à un nouveau particulier (2).

* * *

Utilisations collectives et utilisations privatives sont les unes et les autres sous la menace de la même éventualité : le fait du prince, c'est-à-dire la désaffectation, le règlement de police ou la révocation.

La désaffectation fait tomber toutes les situations sur le domaine public. L'autorité de police peut régler toutes ces situations. Surtout, le cas échéant, elle peut prononcer la révocation des autorisations d'utilisation privative. Quand la révocation anéantit

1. V. en matière de stationnement C. E. Médard 28.1.1914, p. 98. Cependant les aisances de voirie sont transmissibles avec le fond dont elles sont l'accessoire. Rigaud, *op. cit.*, p. 311 s.

2. Des autorisations de permission de voirie accordées à un concessionnaire peuvent passer sur la tête d'un rétrocessionnaire si l'administration l'accepte. C. E., Compagnie gaz et élect. de Villeneuve-sur-Lot, 25.6.1920. 640.

une situation établie par un acte unilatéral elle ne donne pas lieu à indemnité, sauf peut-être au cas où cette révocation serait entachée de détournement de pouvoir (1). Quand elle porte atteinte à une situation établie par un contrat, elle donne lieu à indemnité, qui, dans le cas de révocation de concession de chemin de fer s'appelle indemnité de rachat.

B. — *Droits sur la concession dans leurs rapports avec les droits des particuliers sur le domaine public.*

Les droits sur la concession, est-il besoin de le dire, ne sauraient être comparés avec les utilisations collectives du domaine public (2).

Ce sont des utilisations privatives du domaine public.

Au point de vue physique, ce sont des main mises permanentes, modifiant l'assiette du sol : Elles sont ainsi non pas de la classe des stationnements, mais de celle des concessions ou des permissions de voirie sur le domaine public.

Au point de vue juridique : a) l'acte créateur de concession se rapproche tantôt de l'acte créateur de

1. Sur la jurisprudence en matière de révocation de permission de voirie : voyez A. Mestre, *Révocation des permissions de voirie*, précité.

2. Aussi bien, si nous avons parlé des utilisations collectives est-ce dans le seul but de donner une vue d'ensemble nécessaire. — Sur ce qui va suivre, comparez Rigaud, *Droits réels adm.* Thèse Toulouse, 1914.

la permission de voirie, tantôt de l'acte créateur de la concession de service public. La concession gratuite de cinq ans est en effet créée par un acte unilatéral de l'administration et d'une manière plus précise par l'arrêté du maire qui fixe l'emplacement : c'est elle que l'on peut comparer à la permission de voirie octroyée par le maire sur la petite voirie, par le préfet sur la grande voirie (1). La concession payante ressemble plutôt aux concessions de service public : elle est établie comme ces dernières par un contrat.

Du point de vue matériel et du point de vue de l'acte créateur de la situation juridique, il n'y a pas de différence entre la concession dans les cimetières et les utilisations privatives du domaine public. Cependant des différences commencent à s'accuser quand on se préoccupe de la question de la redevance : la concession dans les cimetières est gratuite lorsqu'elle ne dépasse pas cinq ans, tandis que tous les autres occupants du domaine public sont assujettis au paiement de redevances. — Les différences grandissent quand on se place au point de vue du rapport de l'utilisation à la destination du domaine et quand on se demande si l'utilisation absorbe toute l'utilité du domaine : la concession de cimetière épuise toute la destination du domaine : la commune, on s'en souvient, ne pourrait rien consentir qui ne soit une concession de sépulture : le

1. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 10^e éd., 439.

cimetière produit toute son utilité quand les concessions de terrains sont établies. Il en est autrement des autres utilisations sur le domaine public : ce n'est pas à dire que celles-ci soient hostiles à la destination du domaine, car si elles étaient hostiles elle ne seraient pas consenties par la personne morale, mais elles n'épuisent pas toute l'utilité du domaine public : Le stationnement des voitures sur la chaussée n'est pas hostile à la destination du domaine, pas plus que ne l'est le stationnement du particulier sur le trottoir, la permission de voirie et la concession de tramways ne le sont pas davantage, mais ces diverses utilisations ne sont pas les seules possibles. A côté du stationnement, il y a la circulation. A côté de la circulation des choses il y a la circulation des personnes. — La concession dans les cimetières ne peut être comparée qu'à l'occupation des églises par les fidèles ou à la concession des chemins de fer qui sont les seules utilisations complètes de la partie du domaine sur laquelle elles portent (1). — Les différences éclatent d'ailleurs quand nous pénétrons dans la nature du droit : le droit à la concession se jette en dehors du chemin des autres droits administratifs comme il se jette en dehors du chemin des droits de l'ordre civil : Le droit sur la

1. Les halles et marchés qui sont destinés à la tenue des foires et marchés ne sont pas employés qu'à cela : ils sont loués parfois à des entreprises de cinéma ou à des groupes de joueurs de tennis.

concession gratuite est un droit de créance administratif qui ne saurait être assimilé au droit de plaçage dans les halles et marchés, type du droit de créance sur le domaine public. Sans doute, celui-ci et celui-là sont intransmissibles, accordés *intuitu personæ*. Mais celui-ci est un droit d'usage : l'autre est en même temps qu'un droit d'usage un droit de protection du défunt, droit moral essentiellement et non pas pécuniaire comme le droit de place.

Le droit sur la concession payante est un droit réel d'usage de jouissance limité par l'affectation et exposé à la survenance du fait du prince comme les autres droits réels administratifs.

Mais il n'est pas que cela : c'est un droit réel administratif beaucoup plus fort que les autres.

Il comprend d'abord un droit de disposition soustrait en tant que tel à l'intervention de l'administration qui ne peut pas plus l'augmenter que le réduire, tandis qu'elle peut à volonté l'accorder ou le dénier aux autres droits réels administratifs.

a) Le droit sur la concession est transmissible à titre gratuit ou à cause de mort, il est sacré, soumis au droit de la famille et à la magistrature du concessionnaire, sans qu'il soit besoin d'autorisation administrative et sans que l'Administration puisse s'y opposer. Au contraire, les autres utilisations sur le domaine ne deviennent transmissibles qu'avec l'au-

torisation de l'Administration, et celle-ci pourrait retirer l'autorisation déjà accordée.

b) Le droit sur la concession est intransmissible à titre onéreux, dans tous les cas : et l'autorisation de l'Administration ne pourrait pas relever le droit de son intransmissibilité, car nous savons que celle-ci découle des principes absolus du droit civil, tandis que l'Administration pourrait parfaitement consentir à la cession intéressée des autres utilisations du domaine.

Nous traduirons ceci en disant que le droit sur la concession est un droit réel du type des droits individuels, c'est-à-dire des droits soustraits à l'action administrative.

Mais ce n'est pas seulement par ce trait que le droit réel sur la concession se distingue du droit réel administratif ordinaire. Le point caractéristique c'est surtout que le droit réel administratif ordinaire est révocable. Parfois l'on accorde une indemnité mais jamais l'on n'accorde une compensation en nature. Ici au contraire, si l'objet matériel du droit peut être déplacé, il ne peut se résoudre en une indemnité. Il est nové, échangé, pour cause d'utilité publique, il n'est pas exproprié. La commune est tenue à l'égard du particulier d'opérer une subrogation réelle : elle doit remplacer, suivant les principes mêmes de la subrogation réelle, le bien disparu par un autre bien de même sorte. Voilà qui nous conduit très loin des droits réels administratifs ordinaires :

Mais comment en définitive pourrions-nous définir ce droit pour le distinguer de tous les autres et pour faire apparaître sa complexité ? Remarquons, au préalable, que nous ne devons pas dans notre définition séparer le droit sur la concession de quinze ans ou de trente ans et le droit sur la concession perpétuelle, parce que la différence dans la durée ne transforme pas la nature.

Ceci posé nous définirons le droit sur la concession un droit réel d'usage, de jouissance, et de disposition, administratif, sacré et d'ordinaire familial (1, 2, 3, 4).

Dans cette double série de caractères, remarquons que la seconde vient limiter la première : droit réel,

1. On pourrait être tenté de songer sur ce point à l'idée de fondation. Le décret de prairial ne semble-t-il pas autoriser ce rapprochement, quand il permet d'accorder des concessions à des personnes qui voudront « fonder » des sépultures ? La jurisprudence se réfère elle aussi à l'idée de « fondation pieuse ». Cass., 7.4.1857. S. 57.1.341. Enfin la doctrine se lit favorable à cette idée. M. Mestre, *loc. cit.*, 113, fait allusion à la ressemblance des états d'esprit du fondateur et du concessionnaire.

Quant à nous nous estimons que l'idée juridique de fondation ne saurait être utilisée ici. Le fondateur en effet perd tout droit de disposition sur la fondation du moment qu'il l'a établie. Ce n'est pas le cas du concessionnaire : — Resterait qu'on doive parler de « fondations familiales ». Cette idée serait satisfaisante, mais il faudrait avoir soin de dire « fondations d'ordinaire familiales » puisque nous savons que le concessionnaire a un droit de disposition à titre gratuit en faveur des étrangers. Cela créera des difficultés de langage. Ces difficultés jointes à celle-ci que le terme de fondation est un terme envahissant qui fait tache d'huile, nous amène à abandonner l'idée de fondation.

2. Nous n'osons pas dire que du moment qu'il est intrans-

mais droit administratif ; droit de jouissance et d'usage, mais droit sacré. Droit de disposition, mais droit familial.

Cette définition est inébranlable. L'examen des opinions de la jurisprudence, celui des opinions de l'Administration et de la Doctrine ne servent qu'à la fortifier par confirmation ou par contradiction.

* * *

La jurisprudence elle-même a suggéré notre définition : c'est surtout à l'aide des traits recueillis chez elle que nous avons pu la former.

Même les tribunaux ont pris soin de relever le caractère réel de la situation du concessionnaire à titre onéreux.

Bien sûr, il est des arrêts qui ont soutenu que

missible le droit du concessionnaire soit un droit personnel : cette expression de droit personnel a des sens très nombreux. On sait que le droit personnel signifie :

Ici le droit de famille ; là le droit de créance ; là le droit réel qui finit avec la personne : tel l'usufruit ; ici le droit attaché à la personne extrapatrimonial, que les particuliers créanciers ne peuvent saisir.

Notre droit sur la concession serait un droit personnel « droit attaché à la personne dont le titulaire ne pourrait disposer, sinon partiellement. » C'est trop de complications.

3. Nous ne pouvons pas dire que le droit est un droit de la personnalité, parce qu'ainsi que l'a démontré M. Perreau les droits de la personnalité (R. T. C. 1909. 501) sont intransmissibles et incessibles.

4. Nous n'osons pas dire enfin que le droit soit un droit extrapatrimonial, parce que, s'il est en dehors du patrimoine pécuniaire, il rentre dans le patrimoine moral.

l'acte de concession au lieu d'être un acte créateur de droit réel était un acte créateur de droit de créance (1). Mais cette thèse paraît aujourd'hui complètement abandonnée. La jurisprudence s'en tient à la notion de droit réel.

Plusieurs arrêts semblent accepter l'idée d'une propriété ordinaire : ainsi l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 février 1887 (2) et auparavant l'arrêt du Tribunal de la Seine du 9 mai 1883 (3), mais déjà ce dernier arrêt tout en usant du mot de propriété remarque que ce droit échappe aux règles ordinaires de la propriété. Le Tribunal de Roanne, dans son arrêt du 8 mars 1910 (4), combat expressément l'assimilation du droit sur la concession payante à un droit de propriété.

D'autres arrêts se contentent d'une formule négative semblable à celle employée subsidiairement par le Tribunal de la Seine ; par exemple la Cour de cassation, dans son arrêt du 7.4.57 Dupont (5) « attendu que les tombeaux ont toujours été placés ainsi que le

1. Tribunaux : Coutances 9.12.1846. D. 43.3.206 ; Clermont-Ferrand 7.2.67. Garnier. Rép. gén. de l'enregistrement V° concession. Cour-Lyon, 4 4.65. S. 66.2.242.

2. S. 84.2.72.

3. S. 84.2.72.

4. Sous Lyon, 8.6.1911. S. 1912.2.19. *Contra* : Bourges, 28.11.1910. D. 1911.2.21, mais cet arrêt est prétentieux et incohérent. Voir une appréciation inverse et admirative de cet arrêt dans : Rigaud : *les Droits réels administratifs*, p. 57, n. 1.

5. S. 57.1.341.

soi sur lequel ils sont élevés, en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété ».

Mais dans l'ensemble la jurisprudence est acquise à la notion d'un droit réel immobilier (1), objet d'un contrat de vente (2), droit que certains arrêts appellent en outre *sui generis* ou de « nature spéciale » (3), que d'autres qualifient droit réel immobilier de jouissance avec affectation spéciale (4), que d'autres enfin dénomment « droit sacré » (5).

Ces arrêts ne disent pas qu'il y ait droit réel « administratif », mais l'expression « spécial » est équivalente ; et l'on ne peut pas affirmer que la jurisprudence s'en tient à la notion d'un droit privé : encore

1. Angers, 5.5.69 sous Cassation, 31.1.70. S. 70.1.263. Cass. 18.1.1911. S. 11.1.365. — La jurisprudence s'appuie sur l'existence de ce droit réel, comme sur une seconde raison pour renforcer la compétence des tribunaux judiciaires sur le plein contentieux des concessions, compétence que ces derniers possèdent déjà par suite de la nature même du contrat de concession ainsi que nous l'avons remarqué. Chap. I. Section I.

2. Il n'y a pas vente que de la propriété, il y a vente aussi de droits réels : Paris, 24.6.1909 sous cass. 18.1.1911. S. 1911.1.366. — *Contra* : Bourges, 28.11.1910. D. 1911.2.21.

3. Trib. Boulogne-sur-Mer, 11.11.1904. D. 06.2.97. — Cours. Douai, 2.12.1913. D. 05.2.433 note de M. Appleton ; Toulouse : 25.4.1904. S. 05.2.9 ; Aix : 27.4.1907. S. 07.2.278 ; Cass., 12.2.1901. D. 05.1.495 ; Bourges, 28.11.1910. D. 11.2.21

4. Le Tribun. de Roanne ajoute : affectation spéciale et *nominative* : ce dernier qualificatif est de trop. Cf. T. Roanne, 18.3.1910 sous Lyon, 8.6.1911. S. 1912.2.19.

5. Trib. Seine, 9.5.83. D. 84.2.72 ; Lyon, 4.2.75. S. 77.2.35. 3.7.83. D. 85.2.34 ; Agen, 26.6.1909. S. 09.2.243 ; Cass., 23.1.1894.1.315.

moins peut-on affirmer avec M. Hauriou (1) ou M. Planiol (2) qu'elle s'en tient à la notion d'une propriété civile.

* * *

L'administration estima d'abord que le droit du concessionnaire est un droit de propriété (3), aujourd'hui elle pense que nous sommes en présence d'un droit spécial de jouissance et d'usage, du caractère du droit de créance (4) analogue au bail tantôt limité tantôt illimité.

La doctrine a parfois soutenu et quelques auteurs soutiennent encore que le droit du concessionnaire est un droit personnel.

M. Hauriou était de cet avis dans une note de 1892, mais il a abandonné par la suite cette idée dans son « Précis » se ralliant à la notion de droit réel administratif qu'il a développée dans sa note de 1913.

MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl pensent encore que le droit sur les concessions temporaires est un droit de créance et que l'acte créateur est un contrat de bail (5).

1. S. 1913.3.90.

2. *Droit civil*, t. 1, *in fine*.

3. Décis. m. fin., 25 prairial an XII, Instr. de la régie, 3.1.1810, n° 459.

4. Circ. 20.7.1841, 30.12.1843. Lettre du ministre de l'Intérieur, 15.3.1878. *Dictionnaire Droit d'enregistrement*. V° *Concession*, n° 86.

5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, II, n° 23.

Mais la majorité de la doctrine incline naturellement à regarder le droit du concessionnaire comme une sorte de propriété (1). Aucun auteur ne prétend bien entendu que cette propriété ait les mêmes caractères que la propriété ordinaire, mais beaucoup prétendent qu'elle s'en rapprocherait.

A) Certains pensent qu'il y a là une propriété spéciale semblable dans ses grandes lignes à la propriété ordinaire. Ducrocq parle de ce droit comme rappelant de bien près la propriété : « C'est un droit réel immobilier, dit-il... c'est un droit perpétuel et irrevocable, c'est un droit privatif et absolu, c'est un droit transmissible par voie d'hérédité, en somme c'est une propriété spéciale » (2). Le commissaire du gouvernement L'Hôpital à l'occasion de l'arrêt Castangt du Conseil d'Etat plusieurs fois cité avait émis une opinion semblable : pour lui la concession perpétuelle est une propriété *sui generis* et les concessions temporaires sont à leur tour des sortes de droits privés (3). M. Appleton a exprimé au Dalloz cette doctrine traditionnelle (4).

1. Gautier, juriste si fin et si équilibré, regarde le droit du concessionnaire comme un droit réel. *Précis des mat. adm. dans leurs rapports avec les mat. civ. et judiciaires*, 293. — R. C. 1882, 656. — Dans le même sens : Brémond, R. C. 1894, 351. — Huc, *Commentaire Code civil*, t. IV, p. 91.

2. Ducrocq, *Cours de droit adm.*, t. VI, p. 274.

3. L. 1863. 266. v. Dufour, *Traité général de droit adm. appliqué*, t. VII, p. 656.

4. Dalloz, 1905.2.433, col. 1 et 2.

B) D'autres l'ont abandonnée et regardent le droit du concessionnaire comme un droit de propriété de nature administrative : La concession est une « propriété d'affectation » dit M. Hauriou (1). M. Mestre n'hésite pas à voir ici « un droit réel immobilier de nature administrative, très semblable, par ses caractères de perpétuité, d'opposabilité, et aussi par l'utilisation directe dont il est susceptible, au droit de propriété » (2).

Pour nous, qui pensons qu'il ne faut pas faire appel à la notion de propriété, nous ne recevrons pas davantage la notion de propriété administrative. Ce n'est pas l'éventualité d'une translation de concession qui empêche l'existence d'une propriété administrative.

On pourrait concevoir le droit de propriété comme soumis à une condition novatoire. N'en est-il pas ainsi, en fin de compte, de toutes les propriétés, exposées en effet à cette novation en indemnité qu'entraîne l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il y aurait ici une novation réelle au lieu d'une novation personnelle, voilà tout. Mais la transmissibilité à titre onéreux est selon nous un élément essentiel de la notion de propriété qui n'existe pas ici ; sans elle on ne peut pas parler exactement de propriété, même administrative.

1. S. 1913.3.89.

2. S. 1918-19.2.113.

* * *

Il est donc sage de rester attachés au concept de droit réel administratif d'usage. Mais il faut, croyons-nous, se résoudre à créer une nouvelle figure juridique du droit réel d'usage ; il faut dire qu'il y a deux sortes de droits d'usage : le droit d'usage ordinaire temporaire ou viager, intransmissible, et un droit d'usage exceptionnel (1) temporaire ou perpétuel, à demi transmissible. Le premier qui est un usufruit diminué est protégé par les actions confessoires et n'a rien à voir avec le droit sur la concession payante, le deuxième au contraire s'adapte parfaitement au droit sur la concession payante, c'est une propriété diminuée (concession perpétuelle) ou un usufruit diminué mais sacré (concessions temporaires) protégés par l'action en revendication.

SECTION III

Nature du droit sur le tombeau

Nous avons laissé jusqu'ici à l'écart au cours de l'exposition de ce chapitre II, le droit sur le tom-

1. Nous n'employons pas le terme de droit *sui generis*, non pas que nous le croyons faux ; mais il ne faut pas abuser des mots latins en droit français. Nous sommes au xx^e siècle, n'est-ce pas un grand siècle ?

beau. Il est en effet très particulier (1). Il n'est pas influencé par la situation de la personne morale sur son domaine. Que ce domaine soit public ou privé, que la commune ait ou n'ait pas sur lui un droit de propriété, le droit sur la construction reste invariable. Sa nature est régie par le seul droit privé.

A notre avis c'est là une propriété. La doctrine se prononce dans ce sens : elle distingue soigneusement la nature du droit sur le tombeau et la nature du droit sur le terrain concédé et reconnaît à celui-là les caractères du droit de propriété (2). La jurisprudence adopte la même manière de voir : un arrêt de la Cour de cassation et de la Cour de Douai sont significatifs à cet égard : « att... nous disent-ils, que les monuments élevés... par les concessionnaires constituent... une propriété privée » (3).

La séparation complète et la différence qui existe entre le droit au tombeau et le droit sur le terrain concédé est une particularité très remarquable de notre matière.

1. La physionomie particulière du tombeau s'accroît, se dégage du sol et se détache à mesure que nous passons de la section I à la section II du premier chapitre, et du chapitre II au chapitre II, pour s'isoler enfin entièrement sous la projection de l'analyse juridique.

2. V. Appleton note au D. 1905.2.433, col. 2. — Berthélemy note au D. 1912.1.129.

3. Cass. civ. 12.2 1901, Martel S. 1.2.33 ; Douai 2.12.1903. D. 05.2 434. Ces deux arrêts sont rédigés d'une manière identique.

A) On pourrait évoquer à ce sujet le bail à domaine congéable, dans lequel le bailleur ou foncier conserve la propriété du fonds et des arbres venus naturellement, tandis que le preneur ou domanier reste propriétaire de tous les travaux qu'il exécute à la surface du sol (constructions, plantations, fossés, talus, etc.) (1), mais la comparaison serait boiteuse : Le domanier, s'il est propriétaire de la superstructure (2), n'est au regard du fonds qu'un titulaire de droit de créance. Il en est autrement du concessionnaire à titre onéreux qui, comme nous le savons, est titulaire d'un droit réel sur le fonds. La propriété du tombeau, au surplus, est une propriété avec règles spéciales puisqu'il suffit que le tombeau ait reçu un corps inhumé pour qu'il devienne hors commerce (Chap. I, sect. II).

B) Ce dernier trait explique pourquoi on ne peut pas, non plus, assimiler le droit sur le tombeau, au droit que possède le permissionnaire de voirie sur les constructions qu'il établit sur le domaine public. Le permissionnaire à la différence du domanier est propriétaire des constructions, et cela rapproche sa situation de celle du concessionnaire ; mais cette propriété, à la différence de la propriété du tombeau, est une propriété qui reste dans le commerce (3).

1. Capitant et Colin, *op. cit.*, 1^{re} éd., 781.

2. On sait que les Compagnies de chemins de fer ne sont pas propriétaires de la superstructure des voies ferrées.

3. Paul Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, 1900, p. 81, n. 1 ; Rigaud, *op. cit.*, p. 314.



Telle étant la nature des droits relatifs à la concession nous ne nous avançons donc pas trop en disant, au commencement de ce chapitre, que si l'effet reste lié à la cause, le but libère l'effet, puisque le droit sur la concession qui est un droit administratif de par sa cause, devient un droit réel, indépendant en une certaine mesure et vigoureux, sous l'influence de son but, tandis que le droit sur le tombeau, séparé de toute cause administrative, se dégage en fin de compte de toute nature administrative.

CONCLUSION

Si nous cherchons en terminant à tirer la leçon qu'apporte l'étude des concessions dans les cimetières nous percevons un enseignement important. Cet enseignement est analogue au point de vue pratique et au point de vue théorique, le point de vue théorique n'étant que la transposition dans la sphère des abstractions du point de vue pratique.

Au point de vue pratique nous avons vu dans son attitude de fonctionnement un service public bien plus original que tous les autres services publics. Né comme tous les services de la convergence des intérêts du pouvoir et des intérêts des particuliers, il assure cependant une pénétration bien plus grande de ces deux sortes d'intérêts, parce que la fin en vue de laquelle ce service est établi, le culte des morts, étant plus noble et s'exerçant sur les consciences plus directement, conquiert la soumission simultanée de toutes les volontés, celles des gouvernants et celles des gouvernés. Cette soumission réalisée toujours en droit et qui n'est altérée que rarement en fait par les incompréhensions de l'autorité de police ou des administrés, constitue le véritable esprit du service des concessions pour lequel, par suite, au lieu de répéter après Goethe, comme nous l'avons fait dans le préambule, « au commencement était l'action », il est plus vrai de préciser ; au commencement est la croyance.

Voilà une vue qui, quoique sommaire, pourrait être utile pour la science politique et administrative si elle se préoccupait de classer les services selon leur esprit.

Au point de vue théorique nous avons vu le but de l'institution imprimer aux droits qui la composent une nature mélangée et complexe, résultat de la fusion de données théoriques administratives et de données théoriques de droit privé. Si cette fusion a pu se produire c'est que, probablement, le droit administratif et le droit civil ne sont pas aussi nettement séparés qu'on veut bien nous le dire, et que leurs méthodes, comme leurs notions peuvent se prêter à des emprunts, à des échanges réciproques. Voilà une vue, qui, quoique pas nouvelle, est très bonne à redire, s'il est vrai que dans chaque génération nous assistons à l'antithèse de deux manières de conduire la pensée, de deux classes d'esprits : ceux qui veulent se spécialiser à outrance et construisent des barrières rigides le long des divers chemins de l'intelligence, esprits à voie unique, et ceux qui voudraient qu'on soit attentif aux identités et aux analogies, aux collaborations, aux harmonies répandues partout.

Vu : le Président de la thèse,
MESTRE

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
APPELL

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

DES ÉCRITS SPÉCIAUX A CONSULTER

OUVRAGES SPÉCIAUX

- André.* — La sépulture au point de vue du droit et de la loi, 1876.
- Audibert.* — Funérailles et sépultures. Thèse Paris, 1885.
- Baratte.* — Rapports de l'autorité civile et de l'autorité religieuse en matière de sépulture. Thèse Paris, 1904.
- Bertrand.* — De la législation de la sépulture. Thèse Paris, 1904.
- Chareyre.* — Des inhumations, des lieux de sépultures, des exhumations, des violations de tombeaux. Thèse Lyon, 1884.
- Dabot.* — Droits des particuliers concernant les sépultures. Thèse Paris, 1898.
- Ducrocq.* — Etudes de droit public, 1887.
- Guillobard.* — Concessions administratives, Thèse Rennes, 1903.
- Fay.* — Traité pratique de la législation des cimetières, 3^e éd., 1910.
- Friant.* — Retrait des concessions temporaires sur le domaine public. Thèse Poitiers, 1916.
- Pelat.* — Des concessions de terrains ou des sépultures privées dans les cimetières publics communaux. Thèse Poitiers, 1916.
- Perrenot.* — De prohibenda in urbe et templis sepultura. Accedunt selecta dissertationis Hofmanniae de coemeteriis ex urbibus tollendis, 1775.
- Roland.* — Régime des pompes funèbres en France d'après la loi et la jurisprudence. Thèse Paris, 1914.
- Serre.* — Concessions de terrains dans les cimetières. Thèse Aix, 1911.
- Pulby.* — Le monopole des pompes funèbres. Thèse Paris 1904.
- Vincens.* — De la réglementation des funérailles et des sépultures. Thèse Toulouse, 1910.
- Vaissié.* — Conditions juridiques des édifices publics, églises et cimetières envisagés au point de vue de la domanialité. Thèse Paris, 1899.

CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DE GOUVERNEMENT

- Aucoc.* — Conseil d'Etat, 8 janvier 1868. Jousseau.
David. — Conseil d'Etat, 16 juin 1875. Hallé.
L'Hôpital. — Conseil d'Etat, 19 mars 1863. Castangt.
Saint-Paul. — Conseil d'Etat, 21 janvier 1910. Gounot.
Romieu. — Conseil d'Etat, 29 avril 1907. Dame de Suremain.
Teissier. — Conseil d'Etat, 2 juin 1905. Blanchard.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- Appleton.* — Dalloz 1905.2.433.
Berthélemy. — Dalloz 1912.1.129.
Brémond. — Revue critique, 1894, p. 351.
Cazalens. — Dalloz 1877.2.161.
Ducrocq. — Sirey 1864.2.34; Dalloz 1884.2.185.
Gautier. — Revue critique, 1882, p. 656.
Hauriou. — Sirey 1893.3.41; Sirey 1913.3.81.
Hemard. — Revue trimestrielle de droit civil, 1913, p. 223.
Mestre. — Sirey 1917-18.2.113.
Planiol. — Dalloz 93.2.353.

ARTICLES

- Roux.* — De la réglementation du droit d'inhumation en terrain privé (Revue générale d'administration 1918, 2, p. 38).

ADDENDA

Au chap. I, section I, l'article 7 de l'ordonnance du 6.12. 1843, relatif aux tarifs des concessions a été précisé par D. 24.8.1923 (*J. off.*, 27 septembre).

Au chap. I, section I. — Le régime administratif des concessions de cimetières à Paris, est un peu différent, quant aux modes de concession, du régime suivi dans le reste de la France. — Voir sur ce point : Pelat, *op. cit.* Appendice. — Mais les principes ne subissent pas de changements. — Cons. Raiga et Felix, *le Régime adm. et fin. du département de la Seine et de la Ville de Paris*, 1922.

Au chap. II, section I, Aubry et Rau sont des partisans de la domanialité publique des cimetières, *Cours Droit civil*, II, 5^e éd., 58, mais n'admettent pas le droit de propriété de la commune sur le Domaine public, *op. cit.*, II, 48.

Au chap. II, section II, § 1, M. Duguit combat l'appellation « droit réel administratif », *op. cit.*, III, 356.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉAMBULE.....	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Caractères pratiques des droits relatifs aux concessions</i>	15
Section I. — Caractères administratifs des droits.....	18
I. — Le droit à la concession. Contenu, sanctions...	26
II. — Le droit sur la concession.....	34
1 ^o Le contenu du droit.....	37
A) Caractères communs à toutes les concessions.	38
B) Caractères particuliers aux concessions payantes.....	43
2 ^o Les sanctions du droit.....	54
A) Sanctions des particuliers.....	54
B) Sanctions de la commune.....	54
III. — Restes des droits sur la concession après l'expiration des concessions temporaires.....	63
Section II. — Caractères civils des droits.....	65
I. — Le droit à la concession.....	68
Droit sur la concession gratuite.....	69
II. — Le droit sur la concession payante.....	69
1 ^o Le droit de disposition et le droit de protection.	70
A) le droit sur le terrain concédé.....	70
Droit du concessionnaire unique.....	71
Droit des concessions indivis.....	79
B) Le droit sur le tombeau.....	82
2 ^o Transmission du droit à cause de mort.....	84
CHAPITRE II. — <i>Nature des droits relatifs à la concession</i>	92
Section I. — Nature des droits de la commune concédante sur les cimetières.....	96
I. — Le cimetière est une dépendance du domaine public de la commune.....	96
II. — La commune a sur le cimetière un droit de propriété.....	101

<i>Section II. — Nature des droits relatifs à la concession.....</i>	105
I. — Les droits relatifs aux concessions sont des droits de l'ordre administratif.....	106
II. — Place des droits relatifs à la concession parmi les droits administratifs des particuliers.....	116
1 ^{er} Le droit à la concession.....	117
2 ^o Le droit sur la concession.....	118
A) Vue succincte des droits administratifs principaux des particuliers sur le domaine public..	118
B) Les droits sur la concession dans leurs rapports avec les droits des particuliers sur le domaine public. Comparaison. Définition. Jurisprudence. Doctrine. Définition précisée..	123
<i>Section III. — Nature du droit sur le tombeau.....</i>	135
CONCLUSION. — Deux leçons à tirer.....	139
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE.....	141
ADDENDA	142

NOTE COMPLÉMENTAIRE SUR LA LOI DU 3 JANVIER 1924

Une loi du 3 janvier 1924 (1) *donnant aux communes la faculté d'accorder des concessions centenaires dans les cimetières*, est venue modifier sensiblement l'article 3 de l'ordonnance du 6 décembre 1843 et le régime administratif des concessions exposé au cours de cette thèse.

Voici un bref commentaire de cette loi.

* * *

I. — **Caractères administratifs des concessions.** — Dans l'ensemble, la loi est une loi d'offensive contre les concessions perpétuelles. Accessoirement, elle modifie le régime financier du renouvellement des concessions renouvelables. Elle prévoit, enfin, des dispositions transitoires relatives aux tombes détruites par des faits de guerre.

A. — **Innovations hostiles aux concessions perpétuelles:** certains administrateurs et certains hommes politiques regardent avec une défaveur grandissante les concessions perpétuelles. Ils leur font grief, d'abord, de contraindre les communes à élargir périodiquement les cimetières, ce qui pèse lourdement sur leur budget, ensuite de favoriser le désordre des cimetières, étant assez souvent mal entretenus, ce qui est contraire aux intérêts d'une bonne police. Pour porter remède à ces imperfections la loi établit des concessions d'un nouveau type et elle autorise, en même temps, la reprise par la commune des concessions perpétuelles et des concessions du nouveau type, mal entretenues.

1° Les communes pourront, désormais, consentir des concessions temporaires de cent ans, à côté des concessions temporaires de quinze ans ou de trente ans. Ces concessions centenaires sont renouvelables, comme les concessions trentenaires, indéfiniment. On espère que ces concessions, étant

1. Travaux préparatoires. — Ch. des Dép. — Proposition de loi de M. Marcellot, 8 juin 1922, 2^e s. (Doc. ann. 4418). — Rapport de M. Louis Dupin, 23 nov. 1922 (Doc. ann. 5127). — Rapport suppl. M. Dupin, 13 mars 1923, 2^e s. (Doc. ann. 5772). — 2^e rapport suppl. M. Dupin, 24 mai 1923, 2^e s. (Doc. ann., 6047). — Adoption sans discussion le 21 juin 1923, 1^{re} s. (*J. off.* du 22 déc., p. 2658). — Sénat. — Transmission, 28 juin 1923 (Doc. ann. 508). — Rapport de M. Gourju, 14 déc. 1923 (Doc. ann. 830). — Adoption sans discussion le 20 déc. 1923 (*J. off.* du 21 déc., p. 1999).

quasi-perpétuelles, feront prime, aux yeux des particuliers, sur les concessions perpétuelles.

2° Si les concessions centenaires et perpétuelles demeurent, pendant soixante-quinze ans, abandonnées, le maire pourra constater cet abandon par procès-verbal qu'il portera à la connaissance des familles et du public.

Dix ans après cette publicité, le maire aura la faculté de demander au conseil municipal de prononcer, au bénéfice de la commune, la reprise des terrains concédés dont l'abandon n'aurait pas cessé.

B. — Les droits financiers des communes au cas de renouvellement des concessions sont renforcés. — Jusqu'à ce jour d'après l'article 3 de l'ordonnance, la redevance ne pouvait au cas de renouvellement dépasser le taux de la redevance primitive. D'après la loi de 1924, au contraire, la redevance de renouvellement sera égale à celle fixée au moment du renouvellement pour la délivrance de concessions nouvelles.

C. — « En ce qui concerne les tombes détruites par des faits de guerre et dont aucune famille ne réclame légalement la restauration, les maires feront connaître par une publicité locale et une insertion au *Journal officiel* les renseignements dont ils disposeront concernant l'endroit, la durée, les titulaires des concessions sur lesquelles étaient établies ces tombes.

« Si, dans les six mois qui suivront cette publicité, il ne se présente aucun ayant droit du concessionnaire, le maire fera la reprise de tous les objets abandonnés pour les affecter à l'entretien des cimetières et procédera, s'il y a lieu, à la réinhumation décente des restes dans le même terrain ou à leur transfert dans un terrain nouveau. »

On peut émettre des doutes sur la valeur et sur l'efficacité d'une pareille œuvre législative. Assez mal rédigée, elle nous paraît surtout, du moins dans celles de ses dispositions dirigées contre les concessions perpétuelles, insuffisamment réfléchie. Par là, croyons-nous, elle est vouée à l'insuccès.

En premier lieu, qu'on ne s'attende pas à ce que les particuliers, renonçant aux concessions perpétuelles, se prennent d'affection pour les concessions centenaires. Ce serait mal connaître leur psychologie. — Ce qui pousse, en effet, les particuliers vers les concessions perpétuelles, c'est le désir et le besoin de faire un grand geste, un geste d'immortalité, de terrestre immortalité. On ne leur persuadera pas, même en les menaçant de la reprise de leurs concessions, de se contenter d'un geste temporaire, ce geste serait-il un geste séculaire. — D'ailleurs, en prescrivant que le renouvellement des concessions trentenaires et des concessions centenaires s'effectuerait sur la base future du tarif en vigueur au moment du renouvellement, le législateur est allé lui-même à l'encontre du but poursuivi car l'instabilité possible du prix de renouvellement n'est pas fait pour inviter les particuliers à préférer les concessions trentenaires ou centenaires.

Le droit de reprise, de son côté, est une invention critiquable. — Nous ne nions pas les efforts déployés par la commission pour la rendre acceptable. Tandis que, d'ordinaire, l'extinction des droits par non-usage s'opère par trente ans au maximum, ici le délai prescrit pour l'extinction du droit du concessionnaire est au minimum de quatre-vingt-cinq ans. De plus, la reprise n'a pas lieu *ipso jure* à l'expiration de ce délai ; elle doit être prononcée expressément par l'autorité communale qui décidera s'il est opportun d'y recourir. L'autorité communale compétente c'est le conseil municipal, organe délibérant, non pas le maire, organe exécutif, de moindre garantie.

Nous ne déprécions pas, non plus, l'importance des considérations tirées de la police : il convient que les tombes soient toujours en état de propreté et que la décence règne dans le cimetière. — Mais nous ne pouvons nous empêcher de juger mauvaise l'institution même de la reprise. Au point de vue des concessions à venir, le droit de reprise mettra obstacle à ce que soit satisfait dorénavant le désir de perpétuation dont nous venons de parler, et le service des concessions ne répondra plus aux besoins des particuliers. — S'agissant des concessions déjà octroyées, la reprise, beaucoup plus grave que le transfert, fait table rase de la concession définitivement ; elle doit être regardée comme une expropriation sans indemnité, comme une confiscation pure et simple de droits acquis ; or, il n'est pas démocratique que le législateur confisque purement et simplement des droits acquis (F. Giraud, *De la Responsabilité de l'Etat législateur*. Thèse Paris, 1918). — Ces reproches sont graves. Le comble, pourtant, c'est qu'un pareil saut dans l'arbitraire n'était pas nécessaire, aurait pu être évité. Il eût été aisé de pourvoir à la décence des cimetières sans recourir au retrait des concessions centenaires et perpétuelles ; il suffisait d'obliger les communes elles-mêmes à l'entretien des tombes abandonnées, sauf à instituer une caisse communale d'entretien des concessions, alimentée par une partie de la redevance des concessions centenaires et perpétuelles, majorée à cet effet. Ce procédé ne permettrait pas, il est vrai, d'enrayer l'agrandissement des cimetières, mais peut-être la satisfaction des besoins des particuliers vaudrait-elle qu'on sacrifie les intérêts secondaires de la commune, et puis, croit-on que la faculté de reprise arrêtera le développement des concessions perpétuelles et des cimetières ? Nous serions, quant à nous, bien étonnés qu'il en fut ainsi.

. . .

II. — Nature du droit du concessionnaire sur la concession. — En transformant les caractères administratifs du droit sur la concession perpétuelle ou centenaire, la loi du 3 janvier 1924 a altéré la nature du droit.

Le Droit sur la concession perpétuelle ou centenaire est tou-

jours un droit réel administratif d'usage (1), démembrement du droit de propriété de la commune sur le cimetière (2), mais ce droit n'est plus tout à fait le même. Sans se confondre avec les autres droits réels administratifs, il se rapproche d'eux maintenant davantage, puisque, de même que ces derniers sont sujets à révocation, il est, lui aussi, soumis au retrait dans le cas d'abandon (3).

1. Le rapporteur à la Chambre des députés, M. Dupin, a relevé le caractère de droit réel immobilier que reconnaît la jurisprudence (2^e rapport suppl. 24 mai 1923, Doc. ann. 6047).

2. Le Droit de reprise ne doit pas être considéré comme un argument nouveau qu'on pourrait opposer à la thèse qui soutient que le droit sur la concession perpétuelle est un droit de propriété. — L'éventualité du retrait n'empêche pas un droit d'être droit de propriété : ainsi, avant la loi du 9 septembre 1919, la concession perpétuelle de mines était créatrice d'un droit de propriété, bien que la déchéance en pût être prononcée par application de la loi du 27 avril 1838.

3. On peut, aujourd'hui, du fait de l'institution du droit de reprise pour cause d'abandon, comparer la concession perpétuelle ou centenaire dans les cimetières à la concession de mines. Celle-ci peut être révoquée pour cessation d'exploitation, en vertu de la loi du 27 avril 1838. La concession perpétuelle de mines du régime de 1810 a de l'analogie avec la concession perpétuelle de terrain funéraire. La concession temporaire de mine de la loi du 9 septembre 1919 a de l'analogie avec notre concession centenaire. On ne doit pas, cependant, assimiler concessions de mines et concessions de terrains ; entre autres différences, celle-ci est assise sur le domaine public de la commune tandis que celle-là est assise sur le domaine privé des particuliers ou de l'Etat. V. sur les concessions de mines L. Rolland, *Les Nouvelles concessions de mines*. R. D. P. 1920, 343.

